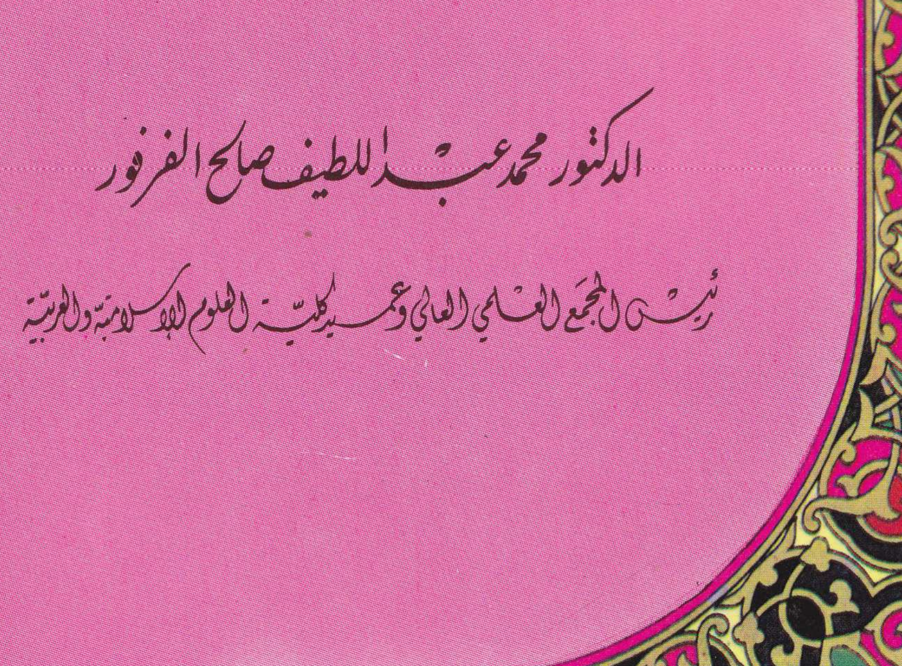




الفقه الجنائي المقارن بالقانون



الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

رئيس المجمع العلمي العالي وعميد كلية العلوم الإسلامية والعربية

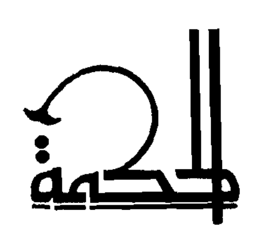






الفقه الجنائي المقارن بالقانون

الطبعة الأولى
١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٤ م



دمشق ـ سورية ـ بناء سادكوب ـ الحلبوني

سجل تجاري ٢٤٩٦٨

هاتف ٢١٢٩٦٧ ـ ٢٣٠٧٣٨

ص. ب ٧٨٧ ـ دمشق

ص. ب ١١٣/٥٧٢٠ بيروت



الجمهورية العربية السورية

المجمع العلمي العالي بدمشق

كلية العلوم الإسلامية والعربية

الفقه الجنائي المقارن بالقانون

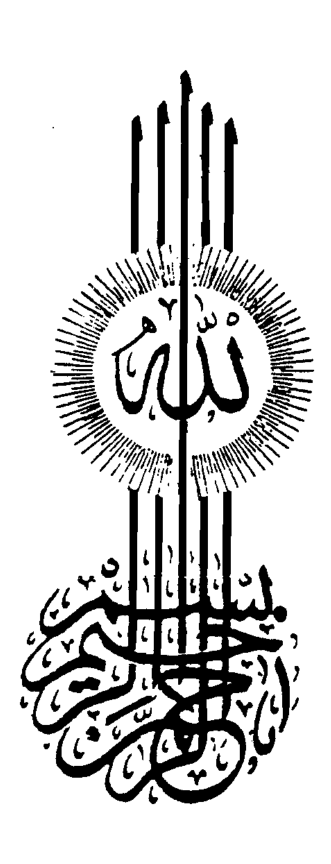
بقلم

الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

رئيس المجمع العلمي العالي بدمشق

وعميد كلية العلوم الإسلامية والعربية







مقدمة

أحمدك اللهم على ما أنعمتَ وأَوليت، تباركتَ ربَّنا وتعاليت، وأُصلي و أُسلم على منقذ البشرية الأكبر سيدنا محمد بن عبد الله الرسول الأعظم و النبي المكرَّم و على آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد :

فهذا الكتاب في أصله محاضرات أَلقيتُها على طلبه دبلوم الدراسات العليا في القانون من الباحثين و الباحثات في قسم الدراسات العليا من كلية العلوم الإسلامية و العربية وفقهم الله جميعاً كنتُ بها حَفيا، وقد طلبها أبناؤنا وبناتنا فلبيتُ طلبهم و دفعتُ هذه المحاضرات إلى النشر كما أُلقيتْ على منبر الدرس، على زحمة في الأعمال شَغَلتْني عن مزيد من التنقيح والتشذيب ، وإن مع اليوم غداً، وإن مع العسر يسراً ولن يغلب عسرٌ يسراً .

هذا، و الكتابة في الحقوق الجنائية المقارنة بالشريعة الإسلامية ليست بالأمر الهين لأنها تتطلب رجوعاً إلى مصادر الشريعة ومصادر القانون مع الرجوع إلى الدراسات المقارنة السابقة كدراسات الدكتور السنهوري و العلامة الزرقا وغيرهما ، لكنَّ الله يسَّر بعض هذه المراجع فأسعفتْني في عملي هذا بقَدْر الوسع و الطاقة.

إني لأنصح لكل باحث في هذا الفن، فن مقارنة القانون الوضعي بالشريعة الاسلامية أن يتبحر في أسرار الشريعة وأصولها ولاسيما في الكتب الأمهات مثل الموافقات للشاطبي الغرناطي و الفروق للكرابيسي، والفروق للقرافي وشرح القواعد الكلية للأتاسي و الزرقا و الأشباه لابن

نجيم وشرحه للحموي وماشاكل ذلك وشابه حتى يُدرك مكامن تفوق الشريعة وسموها وأسباب ذلك.

و اللهَ أدعو أن يتقبل هذا العمل المتواضع وأن ينفع به أبناءنا من طلبة العلم و شُداته من الباحثين و الباحثات ،و أن يجعل له القبول .

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل .

دمشق الشام ٢٢/ ١١/ ١٤١٤هـ ٢/ ٥/ ٩٩٤م

المؤلف

موقف الشريعة من مبدأ الشرعية

موقف الشريعة من مبدأ الشرعية

ماهي المسؤولية الجنائية: في الشريعة تقوم على فكرة المسؤولية أو تحمل التبعة في الشريعة، تقوم الشريعة على أساس أن العقل والإرادة الحرة المختارة هما مناط تحمل التبعة أو المسؤولية ولذلك يقول الحديث (رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يحتلم وعلى النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق) و(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وفقهاء الشريعة سبق أن تكلموا فيما يتكلم فيه الآن علماء النفس الذين يتكلمون عن الغريزة والعقل ويعتبرون الغريزة هي الدافع الشهواني ويعتبرون العقل هو مناط الإدراك وأن الإرادة هي حصيلة الاثنين معاً ـ الإدراك والغريزة معاً ـ فعلماء الشريعة كما قال الزيلعي مثلاً يقول: (إن الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل) فكلمة الهوى هنا هي بالذات كلمة الغريزة التي يعنيها علماء النفس.

وعلى ذلك فالإدراك والغريزة يكونان في النهاية الإرادة وهي مناط المسؤولية أو تحمل التبعة في كل من الشريعة والقانون. ولا يمكن أن يقال إن الإرادة منعدمة إلا في حالة الاستكراه أو فقدان العقل كحالة المجنون والمعتوه وفاقد الوعي لأي سبب آخر.

وإذا كانت الشريعة قد أعفت من العقاب الصبي المميز وغير المميز فإن ذلك هو ما يتجه إليه القانون الحديث فهو لا يعاقب الأحداث وإنما يجعل لهم تدابير إصلاحية أو وقائية.

فكرة لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص

هذه الفكرة قائمة في الشريعة قبل قيامها في القوانين الوضعية بدليل كثير من الآيات والأحاديث مثل ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا﴾ ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾ / النساء في الإسراء ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾ إلخ وقد أدى هذا إلى وجود قاعدتين أساسيتين في الشريعة (القاعدة الأولى: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص ، أي أن المكلف المسؤول لا يوصف فعله بأنه محرم إلا إذا ورد نص بالتحريم أما القاعدة الثانية: (فالأصل في الأشياء والأفعال الإباحة) أي أن كل شيء مباح حتى يحرم، وحصيلة القاعدتين أنه لا يمكن اعتبار أي فعل محرماً إلا بنص، والفعل المحرم لا يعتبر جريمة إلا إذا نُص على عقاب مرتكبيه سواء أكان هذا الفعل حداً أو تعزيراً أو قصاصاً. ويشترط في المكلف أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كُلف به وألا يكلف إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله، والعلم الذي يحمل المكلف على الامتثال يقتضي:

آ ـ العلم بالأحكام التكليفية ولا تعلم هذه إلا إذا نص عليها ونشر ذلك للكافة.

ب ـ أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكون ذلك عن طريق النص على العقوبة.

العقاب في جرائم الحدود:

الحدود جرائم مقدرة وعقوباتها مقدرة من قبل الشارع فالزاني يجلد أو يرجم كما علمنا والشارب يجلد أربعين أو ثمانين جلدة والقاذف يجلد

ثمانين جلدة ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله﴾ وقطع الطريق ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾.

والمرتد (ومن بدل دينه فاقتلوه) (ولا يحل دم مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة) وعقوبة البغي ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ الحديث (ومن أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه).

أما القصاص فهي أنواع:

آ ـ القتل العمد وإتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد وأساس العقاب عليها آيات كثيرة وأحاديث مثل ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى من عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ و(من اعترض مؤمناً بقتل فهو قَود به إلا إن رضي ولي المقتول) الحديث (ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالعقل ـ أي الدية ـ) والحديث (في النفس مائة من الإبل) ﴿ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾.

وإذا عفي عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي وفي حالة قتل شبه العمد والقتل الخطأ وإتلاف الأطراف خطأ والجرح خطأ فأساس العقاب عليها ما يأتي:

آ ـ **في القتل شبه العمد**(ألا إن في قتيل عمد الخطأ: قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل).

ب ـ **في القتل الخطأ**: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدقوا﴾.

جـ ـ **في قطع الأطراف الجروح خطأ**: حدد الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه الأحوال الدية حسب كل حالة وجعل الدية كاملة إذا كان العضو مما ليس له مثيل في الجسم. أما إذا كان العضو له شبيه فخفف الدية وجعلها النصف.

أما الجراح ففيها تفصيل كبير.

ملخص هذا أن الحدود والقصاص محددة الجرائم والعقوبات.

أما فيما يتعلق بالتعزير فالمفهوم باختصار أن التعزير إما أن يكون على معصية وإما أن يكون على فعل ضار بمصالح الناس، فالمعاصي منصوص عليها في الشريعة ومعروفة والذي يستطيع الرجوع إلى أحكام الشريعة بالتفصيل يستطيع التعرف على ما نص عليه من المعاصي في الشريعة، وإذا رجع الإنسان إلى الشريعة أيضاً استطاع أن يعلم في جوانب مختلفة منها العقوبات التي يجوز توقيعها على هذه المعاصي، ومن أمثلة هذه العقوبات:

أ ـ ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾.

ب ـ (رحم الله امرءاً علق سوطه بحيث يراه أهله).

جـ ـ (علموا أولادكم الصلاة واضربوهم على تركها لعشر).

د ـ قال أبو ذر (سابيت رجلاً فعيرته بأمه فقال عليه السلام يا أبا ذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية) ومعنى هذا توبيخ النبي له وقد ثبت أن النبي حبس وصلب رجلاً حياً على جبل يقال له (أبو ناب) وقد ثبت أن الرسول والصحابة من بعده أنهم قد عزروا بالقتل والغرامة والتشهير والنفي، وقد جاء في الحديث (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) إلخ.

ومقتضى ذلك أن التوبيخ وما زاد عليه من عقوبات حتى القتل منصوص عليه في الشريعة، والقاضي حينما يطبق العقوبات على المعاصي فهو يتمتع في الشريعة بسلطة تقديرية كبرى إذ له أن يختار من العقوبات ما يشاء إذا رأى أن ما يختاره يلائم حالة المعصية المعروضة عليه. وخلاصة ذلك أن التعزير إذا كان في معاصي فهو لا يخرج عن قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) غير أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة أوسع من سلطة القاضي في القانون الوضعي.

أما فيما يتعلق بالتعزير للمصلحة العامة فالقاضي مقيد بأن يكون الفعل المعروض عليه موصوفاً بمخالفته للمصلحة العامة وله فيما عدا ذلك السلطة التقديرية في توقيع العقاب الملائم. أي أن سلطة القاضي في الجرائم التعزيرية التي تنافي المصلحة العامة أوسع من سلطته في الجرائم التعزيرية عن المعاصي.

هل الشريعة تراعي ظروف المجرم.. الشريعة لم تغفل أن هناك بعض الظروف أحياناً تستلزم إعفاء المجرم من العقاب أو تخفيف العقاب عليه ذلك حدث في عام الرمادة. أن أوقف عمر بن الخطاب إقامة الحد على السارق تقديراً للظروف وأفتى ابن عباس بعدم قطع يد من سرق دابة غيره وذبحها لدفع الجوع وأفتى حذيفة بن اليمان بعدم جلد

الوليد بن عقبة لما شرب الخمر وهو أمير على الجيش في أرض الروم.

فكرة التدابير الاحترازية:

الخلاف لم يزل قائماً بين رجال القانون التقليديين وبين رجال المدرسة الوضعية الجديدة فيما إذا كانت التدابير تعتبر من العقوبات أو تختلف عنها وكانت هنالك مجموعة كبيرة من التدابير لفترة طويلة من الوقت يطلق عليها عقوبات على الرغم من اختلاف طبيعتها عن طبيعة العقوبة ولكنها أصبحت في الوقت الحاضر تسمى (تدابير) على الرغم من أن تطبيقها قد يمس الحريات الفردية.

وإذا نحن رجعنا إلى الشريعة نجد أن فكرة التدابير هذه بمعناها الحديث موجودة فيها ولو أنه يطلق عليها أيضاً اصطلاح (عقوبات) مثل:

١) القذفة الذين يجلدون ثمانين جلدة ولا تسمع لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون: فعدم سماع الشهادة تدبير احترازي لدفع شره عن الناس.

٢) النفي من الأرض بالحراب والنفي في الزنى فالتغريب فيه ليس عقوبة بل هو تدبير احترازي يراد إبعاد شر المجرم عن الناس.

٣) الوعظ والهجران في المضاجع كلاهما تدبير احترازي إصلاحي وليس عقوبة ومثل تعليق السوط بحيث يراه أهله.

٤) حبس الرسول للمتهم بالسرقة حتى ثبتت براءته فهذا الحبس تدبير وقائي وليس عقوبة على تهمة.

٥) نفي عمر بن الخطاب لنصر بن حجاج وحلق شعره كان تدبيراً احترازياً وليس عقوبة على تهمة الجمال.

٦) تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة مع أنهم غير مكلفين المراد به تدبير إصلاحي لا عقاب.

٧) منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر فهو تدبير وليس عقوبة لأنه لا يعاقب في الشريعة إلا المكلف.

وإذن فكرة التدابير الاحترازية المراد بها الوقاية أو الإصلاح كانت موجودة في الشريعة الإسلامية قبل أن تتحدث عنها الشرائع الوضعية في العصر الحديث.



نظرية الدفاع الاجتماعي
بين الشريعة والقانون



الباب الأول

نظرية الدفاع الاجتماعي

فكرة الدفاع الاجتماعي تقوم أساساً على أن مسؤولية المجرم إذا أجرم لاتقع على كتفه وحده وإنما تقع على كتف المجتمع الذي يعيش فيه)، وقد ترتب على هذا الفكر نتائج كثيرة أصبح يتضمنها النظرية الوضعية أو الفقه الوضعي الحديث الذي حل محل النظرية الكلاسيكية، أو الفقه الذي كان يسود السياسة الجنائية في كل الدول حتى نهاية القرن التاسع عشر والذي أدى إلى وجود فكرة الدفاع الاجتماعي في الحقيقة هو الأفكار التي تمخضت عنها البحوث والنظريات العلمية الجديدة بشأن أسباب وعوامل الجريمة.

ولكي نكون على بينة من الفكر الحديث فيما يتعلق بسبب الجريمة أو العوامل التي تؤدي إليها، فيجب أن نعود إلى مراجعة الماضي لنعلم كيف تطورت الأفكار والنظريات في هذا الشأن حتى اليوم.

أسباب وعوامل الجريمة:

في القِدم والإنسان يبحث عن الأسباب التي تجعل بعض الناس مجرماً أو خيراً، وبمعنى آخر لماذا يكون الإنسان مجرماً، ولماذا لا يكون كذلك؟

وتبنى الآراء على أسس فلسفية قائم على معلومات الأديان أو الفلسفات القديمة، فمثلاً يقال إن الإغريق أول من قال إن الإنسان مسير

لا مخير في سلوكه، فالفيلسوف «إيلاتون» في القرن الرابع ق.م كان ينادي بفلسفة أو فكرة أن الإنسان مسير بمعنى أن الإنسان مدفوع بقوى خفية فسلك سلوكاً معيناً لا يستطيع العدول عنه) ولذلك كان من رأيه أن إصلاح المجرم أو المنحرف مستحيل أو شبه مستحيل.

وهناك فريق يقول إن اليهود أول من بحثوا بالتخيير أو التسيير وقالوا: إن الإنسان مخير.

وقد تأثرت بعض الطوائف من المسلمين مما كان يسود مثل هذه الأفكار في الحضارات القديمة التي عاصرت نشوء الإسلام، وقد عرف التاريخ للمسلمين اتجاهات ثلاث:

١ ـ الاتجاه الأول (مذهب الجبرية):

ومؤسس هذا المذهب الجعد بن درهم، ونقلها عنه الجهم بن صفوان ويشاركهما كذلك الحسن البصري، وكان هذا المذهب يُفهم على أن الله خلق الطبيعة والإنسان، وهو الذي يسيرهما حيث يشاء، أو بمعنى آخر أن الخير والشر كله من خلق الله، والإنسان إذا أحسن أو أساء فيدفع ذلك بأن إرادة الله فوق إرادة الكل.

٢ ـ المذهب الثاني: (القدرية):

ومؤسس هذا المذهب المعتزلة بالعراق وعلى رأسهم (غيلان الدمشقي) ويرى هذا المذهب أن الله خلق الناس وخلق عقولهم، أي خلق فيهم إرادة يتصرفون بناءً عليها مختارين لا غير مختارين، وأنه لو كان على غير ذلك لما كان هناك وعد أو وعيد، وتسميته بالقدرية نسبة إلى (القدرة التي أوجدها الله في الناس بحيث يستطيعون التصرف في أمورهم كيفما شاؤوا).

٣ ـ المذهب الثالث: (الأشعرية):

والذي نادى بهذا المذهب الإمام أبو الحسن الأشعري، ويتلخص في أن للإنسان القدرة على الاختيار ولكن قدرة الله فوق قدرة الناس، ولذلك يضعف اختيارهم أمام اختيار الله، وبمعنى آخر فهم إذا اختاروا إنما يكون اختيارهم اضطراراً.

★ ★ ★

وفي القرن الثالث ق.م كان الفيلسوف (أبي قور) يرى أن الجريمة وليدة خلل عقلي، وأن المجرم ينبغي عزله وفي العصور الوسطى كان الرأي يتأرجح بين (الخلل العقلي وبين العيوب الخَلْقية) في تعليل الإجرام.

وكانت هذه الآراء القديمة تستند إلى /النظريات الفلسفية/ ولم تستند إلى البحوث العلمية، حتى جاء القرن التاسع عشر، /وبدأ البحث العلمي/ يأخذ دوره في تعليل الجريمة، فقام بعض الباحثين أمثال (جيري الفرنسي، وكوتيلي البلجيكي) بعمل بحوث في الثلث الأول من القرن التاسع عشر قائمة على الإحصاء، وانتهوا فيها إلى تعليلات مختلفة.

وفي سنة ١٨٧٦ ظهر (سيسزار لمبروزو) الإيطالي بنظريته القائلة (إن الإجرام يصاحبه عادة أو غالباً عيوب خَلْقية في الجاني) وكان لمبروزو طبيباً شرعياً وأتيحت له فرصة التشريح بجثثٍ كثيرة للمجرمين في السجون والجيش وقد سجل ملاحظاته عليها واستخلص في النهاية نظريته المشار إليها وهي تتمثل في أن المجرم هو إنسان بدائي، أو أن ظاهرة الإجرام ظاهرة انتكاص وارتداد للإنسان الأول الذي عُرف بقربه إلى الحيوان منه إلى الإنسان (نظرية داروين) وقد وجه النقد إلى هذه

النظرية وقام تلامذته (روفائيل) الذي نَسب الجريمة إلى عيوب نفسية، وبعد هذا ظهر (أزيكومزي) بنظريته القائلة (إن الإجرام هو نتيجة عوامل ثلاثة:

١ ـ عوامل اجتماعية (البيئة).

٢ ـ عوامل طبيعية (الكون والطبيعة).

٣ ـ عوامل شخصية (بنيته ـ نفسية ـ عقلية).

عوامل اجتماعية:

● وهنالك من العلماء من أرجعوا الجريمة إلى عوامل اجتماعية محضة مثل (كولاياني) وفي / ١٩٤٥ جاء (دتيلو) بنظرية جديدة يقول فيها (بأن الإنسان لا يرتكب الجريمة إلا إذا كان لديه أصلاً استعداد إجرامي، وإن العوامل الأخرى التي يقال إنها تسبب الجريمة ما هي إلا عوامل مثيرة لهذا الاستعداد الإجرامي، أي أن الإنسان إذا كان لديه استعداد إجرامي أصيل فإن أية عوامل أخرى قد تدفعه إلى ارتكاب الجريمة، أما الإنسان الذي ليس لديه استعداد فلا يتأثر بأية عوامل، وإذا ارتكب الجريمة فلا يرتكبها إلا عرضاً، وهذا ما يسمونه «بالجريمة العَرَضية»).

هذه النظريات المختلفة لا يستطيع إنسان حتى الآن الحكم بأيها أصدق، أو أيها أكثر أثراً في إحداث الجريمة، ولهذا فالمتفق عليه أن هناك مجموعة من العوامل تتفاعل معاً في إحداث الجريمة، وهي إما عوامل طبيعية أو اجتماعية أو نفسية أو بدنية أو حيوية ـ (علم وظائف الأعضاء) والبدنية (دراسة الأعضاء في حد ذاتها) وبهذا فصل إلى أن الإنسان يرتكب الجريمة تحت تأثير عوامل عديدة.

فكر المدرسة الوضعية

وبناء على هذا الفكر الجديد ظهرت نظريات جديدة في العالم سيما في القرن العشرين تقول (بأن الإنسان حينما يرتكب الجريمة لا يرتكبها وهو كامل الإرادة حيث إنه واقع تحت تأثير ضغوط تؤثر على حريته وإرادته، وبالتالي فلا تجوز مساءلته عما يرتكبه باعتباره كامل الإرادة والاختيار، أي أنه لا يجوز أن يكون الجزاء على الجريمة هو مجرد العقاب فقط، طالما أن العقاب (هو تكفير عن ذنب ارتكبه الإنسان بمحض اختياره وإرادته المطلقتين لهذا لا عقاب).

ونادى أصحاب مثل هذه النظريات بأن المسؤولية الأدبية أو الجنائية في صورتها التقليدية القائمة على الإرادة المغلقة ـ القلقة ـ والجزاء المقابل لها يجب أن تسقط لأنها لا تعبر عن الواقع الاجتماعي، وسُمي هذا الفكر الجديد بالمدرسة الوضعية، وهي المدرسة المضادة للمدرسة الكلاسيكية التي تجعل العقاب هو رد الفعل الاجتماعي الوحيد على ارتكاب الجريمة.

وأَحلت المدرسة الوضعية فكرة المسؤولية الاجتماعية) محل (المسؤولية الجنائية) أو الأدبية، تعريف المسؤولية الاجتماعية: أي [إن المجتمع مسؤول عن تصرفات أفراده باعتباره لم يقم بما ينبغي القيام به من وسائل الوقاية والإصلاح حتى لجأ هؤلاء الأفراد إلى الجريمة، وعلى ذلك فالمجتمع مسؤول عن أفراده عما يرتكبون من جرائم وعليه أن يدرأ عن نفسه خطر الجريمة بكل الوسائل الممكنة].

نتائج هذا الفكر:

وقد أدى هذا النظر الجديد إلى تطوير كبير في مجال السياسة الجنائية، وفي أحكام القوانين الجنائية التي ظهرت في القرن العشرين،

وقد بلغ الأمر ببعض التشريعات أن أَهدرت فكرة [العقوبة] تماماً كما حدث في قانون العقوبات الروسي /١٩٢٦، وكذلك في القانون اليوغسلافي، وبعض القوانين في البلاد الأخرى كما أَهدر أيضاً مبدأ [شرعية الجرائم والعقوبات] (لا جريمة ولا عقاب إلا بنص) وأصبح الأمر يتعلق بمجرد [تدابير اجتماعية أو إصلاحية] تُقرَّر في شأن المجرمين بقصد إصلاحهم وتهذيبهم لا بقصد عقابهم، غير أن قانون العقوبات الروسي عَدَل أخيراً عن هذا الاتجاه، فعاد النص على العقوبات وعلى مبدأ الشرعية، وكذلك المشرع اليوغسلافي / ١٩٦١.

وترتب أيضاً على الفكر الوضعي الجديد [الاتجاه الخاص بإصلاح المجرمين من المساجين وإنشاء المؤسسات الإصلاحية أو التربوية بشأن الأحداث أو معتادي الإجرام أو المتسولين أو المتشردين] وكذلك [التوسع في مبدأ العقوبات التخييرية للقضاة]، و[التوسع في وضع حدين أقصى وأدنى للعقوبة]، و[التوسع في الإفراج الشرطي (يقضي المجرم ثلاثة أرباع العقوبة ويخرج في المدة الباقية) مع توافر شروط عليه أن يمتثلها وإلا...] وكذلك [الحكم مع وقف التنفيذ (وظهور تدابير جديدة) واختيار قضائي (إطلاق المجرم مع فرض الشروط وكأن شيئاً لم يكن وإلا...) وظهر كذلك [تدابير] أخرى كتدابير منع الإقامة، أو تحديد الإقامة أو الإبعاد إلى الموطن الأصلي، أو منع ارتياد بعض الأماكن والمحالّ. أو منع ممارسة بعض المهن أو الإبعاد عن البلاد أو منع دخول البلاد، وكل هذه التدابير إنما يراد بها الوقاية من الجريمة أو إصلاح المجرم بغير طريق العقوبة ولكون هذه التدابير في مجموعها التدابير الجنائية أو تدابير الأمن الاحترازية، الاحتياطية الإصلاحية أو التربوية أو غيرها.

والمجتمع حينما يدفع عن نفسه غائلة الجريمة لايدفعها فقط بمثل هذه التدابير وبالعقاب [إنما يدفع عن نفسه خطر الجريمة بما يضعه من برامج إصلاحية اجتماعية أو تربوية أو اقتصادية أو سياسية أو أخلاقية أو غيرها].

لقد قامت فكرة الدفاع الاجتماعي على أساس أن من واجب المجتمع أن يدفع غن نفسه خطر الجريمة بكل الوسائل الممكنة سواء أكانت هذه الوسائل (تدابير، برامج، أو عقوبات)، وبهذا نرى أن أنصار هذه الفكرة في البداية كانوا متطرفين كما سبق القول إلى حد المناداة بإلغاء العقوبة وإسقاط مبدأ الشرعية، وكان على رأس هؤلاء (فيلينو) الإيطالي الذي كان ينادي بالعدول عن المسؤولية الجنائية تماماً والاستعاضة عنها (بالمسؤولية الاجتماعية)، والاستعاضة عن العقوبة (بالتدابير الإصلاحية الاحترازية).

ولكن هذا النظر من جانب (فيلينو) قوبل في كثير من الأوساط بالنقد وعلى رأسهم (مارك أنسل) المستشار بمحكمة النقض الفرنسية - وهو صاحب الاتجاه المعتدل - القائل (بأن العقوبة لايمكن الاستغناء عنها، وأنه على الرغم من وجود مؤثرات على إرادة الإنسان وحرية اختياره فسيظل مسؤولاً عن ارتكابها، وإن كان رد الفعل الاجتماعي ضد الجريمة لايمكن أن يكتمل إلا بتوقيع العقاب على مرتكبها، غير أن العقوبة ليست وحدها السبيل لمواجهة الإجرام)، بمعنى أن العقوبة أحد العناصر التي يستعين بها المجتمع في مواجهة الجريمة ومكافحتها، وقد اضطرت المحكمة الدولية للدفاع الاجتماعي أن تتدخل لحسم الخلاف بين هذين الرأيين (ووضعت حداً أدنى لمبادىء الدفاع الاجتماعي).

التفريق بين الجريمة والخطورة الإجرامية:

ويلاحظ أن الكلام بخصوص نظرية الدفاع الاجتماعي يتطرق إلى التفرقة بين الجريمة والخطورة الإجرامية، ويبدو أن (العقاب هو جزاء على الجريمة)، بينما (التدبير هو إجراء لمواجهة الخطورة الإجرامية)، أي أن الجريمة هي واقعة، والخطورة الإجرامية حالة، والخطورة الإجرامية قد تنشأ قبل الجريمة، وقد تنشأ مع الجريمة، فحالة التشرد، التسول، إدمان المخدرات والمسكرات، كل هذه حالات خطورة قد تؤدي في النهاية إلى جريمة.

آ ـ الخطورة السابقة على الجريمة:

ولذلك فالشخص الذي تتوفر فيه إحدى هذه الحالات يُقال عنه إنه خَطِر من الناحية الإجرامية، وكذلك الشخص الذي يُقدم على ارتكاب الجريمة ثم يخيب مسعاه لأمور خارجة عن إرادته أو لعدم توفر شرط من الشروط القانونية لعقابه يجعله خطراً على أمن المجتمع على الرغم من أن الجريمة لم تقع فعلاً بأوصافها القانونية، هذه أنواع من الخطورة السابقة على الجريمة.

ب ـ الخطورة المصاحبة للجريمة:

أماالخطورة المصاحبة للجريمة فهي التي تلبَّست بوقوع الجريمة، إذ يخشى ممن يرتكب الجريمة العود مرة أخرى أو الاعتياد عليها، ولذلك فهو يحمل معنى الخطورة.

وإذا كنا نقول إن الخطورة حالة، فذلك بمعنى أن هذه الخطورة عالقة بالشخص على غير الجريمة التي هي واقعة معينة تتحقق بتوافر شروط قانونية معينة.

ولعل الفارق بين الخطورة والجريمة (هو محور الحديث في التفرقة بين العقوبة والتدبير) فالعقوبة جزاء على جريمة والتدبير لمواجهة شخص خطر.

النقد:

وقد لاقت فكرة الخطورة هذه نقداً من جانب البعض على أساس أن إباحة التدبير على أساس الخطورة السابقة على الجريمة قد يؤدي إلى عدوان على حريات الناس، وأنه لابد من مبدأ الشرعية، وهو أمر لايتحقق إلا بوقوع الجريمة.

الرد:

وقد رُد على ذلك بالقول بأن الخطورة السابقة على الجريمة يمكن أن يتحقق في شأنها أيضاً مبدأ الشرعية، وأن يصل بوضع النظام الكفيل بضمان الحريات وحقوق الأفراد قبل الحكم أو قبل الأمر بالتنفيذ الملائم ومن رأي البعض أنه لايجوز التعرض للخطورة إلا إذا كان هناك قابلية للإصلاح، وفي هذه الحالة لايتخذ إجراء إلا من ناحية القضاء.

ويُرى أن الرأي الأول القائل بإمكان تطبيق مبدأ الشرعية يرى لزوم النص على حالات الخطورة كالتسول والتشرد، وبهذا يُؤمن المساس بحريات الأفراد.

الخطورة في القانون المصري:

والقانون المصري يعرف حالات الخطورة في جوانب مختلفة منه كحالة التشرد المنصوص عليها قانوناً، والتسول المنصوص عليها، وحالات المشردين الأحداث المنصوص عليها. وحالات المجرمين المعتادين المنصوص عليها، ويعرف أيضاً الكثير من التدابير التي تواجه

حالات الخطورة، كالإيداع في مؤسسات معتادي الإجرام، والإيداع في مؤسسات الأحداث، والإيداع في مؤسسات إصلاحية لمحترفي البغاء، والإيداع في مؤسسات إصلاحية لمجرمي المخدرات، والوضع تحت مراقبة الشرطة، ومنع الإقامة وتحديدها، والإبعاد عن الموطن الأصلي، والحرمان من ممارسة بعض الوظائف أو المهن، والحرمان من ارتياد بعض الأماكن، وغلق بعض المحال، والتسليم لولي الأمر، ولعائل مؤتمن بالنسبة للأحداث، والإفراج الشَرْطي بعد قضاء ثلاثة أرباع المدة المحكوم بها، ومنع دخول البلاد للأجانب، ومنع خروج المواطنين منها.

المبادىء التي تستند إليها فكرة الدفاع الاجتماعي:

يمكن تلخيص المبادىء التي تستند إليها فكرة الدفاع الاجتماعي في الآتي.

أولاً:

الدفاع الاجتماعي فكرة عامة لمواجهة الإجرام لا التكفير عن الذنب عن طريق توقيع العقوبة فقط، ولكن أيضاً لمواجهة الخطورة الإجرامية والكائنة في شخص المجرم.

ثانياً:

الخطورة الإجرامية تواجه بتدابير غير جنائية بل بالإصلاح والعلاج.

ثالثاً:

الوقاية الفردية واجبة الاهتمام بها، ونقصد بذلك إعادة تنشئة الجاني.

رابعاً:

تحتاج تنشئة الجاني إلى اتباع أسلوب إنساني سواء كان أسلوباً قانونياً أم أسلوباً اجتماعياً، وذلك حتى يمكن تنشئة الفرد وإعادة الثقة إلى نفسه، وإعادة ولائه إلى المجتمع، ولا يكون ذلك إلا عن طريق ضمان حقوقه وحرياته الأساسية، باعتباره إنساناً، /والتأكيد على الضمانات الأساسية المتفرعة عن مبدأ الشرعية وصحة إجراءات الدعوى/.

خامساً:

الدفاع الاجتماعي لا يستند فقط إلى مجرد الاعتبارات، ولكن يستند إلى قَدْر أهم إلى دراسة الواقعية الإجرامية، لأنها مرتبطة بشخصية الجاني بها وبهذا يمكن تجاوز التمثيل أو القصور القانوني أو الافتراضات القانونية التي تفصل بين حقيقة الواقع وحقيقة الإنسان.

سادساً:

الدفاع الاجتماعي يعلو على مستوى الحتمية المادية، ويجعل من السياسة الجنائية أسلوباً جديداً تماماً يقوم على مُثل إنسانية، ومُثل أدبية، ويقرر أن المجتمع الإنساني هو من خَلق الإنسان.

وكذلك يجب التركيز على مصلحة الإنسان وهو ما يعبر عنه بالفردية الاجتماعية، ومقتضى هذا كله أن للدفاع الاجتماعي ثلاثة اتجاهات رئيسة هي:

أولاً:

إهدار التفكير القانوني المجرد.

ثانياً:

انتهاج طريق جديد إزاء الجاني.

ثالثاً:

تطور رد الفعل الاجتماعي ضد الجريمة على أساس العلوم الحديثة، وهذا يقتضي مراجعة نظام العقوبات (بالتدابير).

ولنتعرض لهذه الاتجاهات بشيء من التفصيل:

أولاً: / إهدار التفكير القانوني المجرد/ :

١ ـ القانون هو أحد عناصر مكافحة الإجرام.

٢ ـ الصيغ القانونية والفقهية أصبحت تتهاوى أمام العلوم الجديدة.

٣ ـ لابد للقانون من الاعتراف بالواقع الإنساني.

ثانياً: / انتهاج طريق جديد أمام الجاني/ :

١ ـ ضرورة الاعتداد بشخصية الجاني مع استبعاد فكرة الحتمية، ومع استمرار الاعتراف بمسؤولية الإنسان أخلاقياً عن أفعاله، ومعنى ذلك إدماج شخصية الجانح في الدعوى الجنائية في كل مراحلها في أثناء التحقيق أو في أثناء الحكم أو في أثناء التنفيذ أو بعد التنفيذ.

ثالثاً: / تطوير رد الفعل الاجتماعي ضد الجريمة على أساس العلوم الإنسانية الحديثة/ :

رد الفعل إما عقاب أو تدبير، وهناك آراء ثلاثة:

جمع ـ ١ ـ الأول: كان الفكر الأول يجيز الجمع بين العقوبة والتدبير.

اقتصار ـ ٢ ـ الثاني: تطوير الفكر إلى الاقتصار على عقوبة أو على تدبير.

اختيار من القاضي ـ ٣ ـ الثالث: أن القاضي وهو ما استقر عليه حالياً ـ أن العقوبة والتدبير إجراءان تبادليان وللقاضي حرية الاختيار بينهما.

(الحالة الخطرة التي تحتاج إلى تدبير هل ينبغي أن تكون ناتجة عن ارتكاب جريمة أم يجوز تحققها قبل الارتكاب)

١ ـ كان هناك رأى يقول بأن الخطورة لا تكون إلا بارتكاب الجريمة خوفاً من المساس بحريات الناس.

٢ ـ والرأى الحالي: أنه لا خوف من تقدير الخطورة قبل الجريمة طالما أن القانون ينص على حالات الخطورة ويضع ضوابط لها.

ويكاد يكون من المتفق عليه الآن ـ اتخاذ التدابير لمواجهة خطورة المتسولين والمتشردين ومدمني المخدرات والمسكرات، أو محترفي البغاء والشواذ عقلياً أو جسمياً دون أن تكون هناك جريمة قد وقعت بالفعل.

فكرة المسؤولية الجنائية في الدفاع الاجتماعي

لكي نتتبع /تطور فكرة المسؤولية/ نتحدث عن:

١) أولاً:

/المسؤولية المادية/ ـ وهي أقدم أنواع المسؤوليات تاريخياً.

٢) ثانياً:

مذهب الإرادة الحرة الذي ينادي بأن الإنسان حر كامل الإرادة في كل التصرفات، وهي /المسؤولية العادية/ التي تلت المسؤولية المادية، وهي التي سادت زمناً طويلاً وإلى اليوم.

٣) ثالثاً:

مذهب الحتمية الذي جاءت به نظرية الدفاع الاجتماعي في أول الأمر على أساس أن هناك عوامل مختلفة تدفع بالإنسان للجريمة. وهذا المذهب كان ينكر العقاب ـ الذي هو جزاء على الإرادة الحرة، ولكنه يجعل رد الفعل الاجتماعي هو التدابير الوقائية.

٤) رابعاً:

المذهب التوفيقي الذي جاء بمحاولة التوفيق بين المذاهب السابقة إذ حاول عبثاً أن يوفق بين الحتمية والمسؤولية ولكنه لم يفلح.

٥) خامساً:

المسؤولية في صورتها الجديدة التي ينادي بها الدفاع الاجتماعي الجديد هي:

[شعور الفرد وإحساسه بشخصيته كما تفصح عن نفسها في فعله، والإنسان على هذه الصورة لا يحس أنه وحده المسؤول ولكن يسأل عنه الآخرون، وهو الاتجاه الذي يترتب عليه /الشعور الجماعي/ بالمسؤولية]، ويترتب على هذا المفهوم النتائج الآتية:

١ ـ عدم فصل القصد عن الباعث.

٢ ـ لا ينظر للجريمة منفصلة عن فاعلها.

٣ ـ تظل فكرة الردع من وظيفة العقوبة.

٤ ـ لا تعارض بين المسؤولية والخطورة.

٥ ـ المسؤولية تفتح الباب لإعادة التنشئة الاجتماعية.

ومقتضى هذا كله:

أنه في النظام التقليدي كان الأمر يدور حول [الجريمة والعقوبة]، أما في نظام الدفاع الاجتماعي الجديد فالأمر يدور حول [الجريمة والشخصية والمعاملة].

الإصلاح الاجتماعي كهدف للدفاع الاجتماعي:

طالما أن الدفاع الاجتماعي يتطلب الإصلاح بجانب العقوبة فلا بد من تطوير كل النظم العقابية بحيث تحقق هدف الإصلاح: وهو:

[حماية الإنسان بواسطة النظام القانوني كهدف من أهداف الدفاع الاجتماعي].

لا يجوز للدولة أن تسرف في القواعد القانونية التي تفرض العقوبات حتى لا تتسلط الدولة على الفرد تسلطاً يفقده الإحساس بالمسؤولية، ولابد من بذل الجهود للوقاية من الإجرام عن طريق التنظيم الاجتماعي، ووقاية من يُخشى ارتكابهم الجريمة قبل حدوثها، ويجب أن تقوم السياسة الجنائية الحديثة على أساس الحفاظ على القيم الأدبية والاجتماعية للحضارة المعاصرة. وبالتالي ينبغي تأكيد حقوق الإنسان ـ كما تعترف بها الإعلانات العالمية ـ وخصوصاً ما تعلق منها بحق المرأة والطفل والعامل والعاجز والمريض.

أزمة الجزاءات التقليدية

١ ـ عقوبة الإعدام: هناك اتجاهان فيها:

١) أولاً:

ينادي البعض بإلغائها، وقد ألغيت في قوانين بلاد كثيرة من العالم

المتمدين المتحضر، ولا زالت المناداة بإلغائها في كثير من المؤتمرات الدولية إلى الآن تحت تأثير العوامل الآتية:

١ ـ إنها عقوبة غير إنسانية.

٢ ـ لا يمكن تلافي ورفع الظلم الناشىء عنها إذا عوقب بها إنسان ظلماً.

٣ ـ عقوبة لا تؤدي إلى منع الإجرام.

٤ ـ المسيحيون يؤكدون أن الروح من عند الله وهو وحده الذي من حقه استردادها ـ فلا يجوز أن يستردها إنسان.

٢) ثانياً:

وهناك كثير من الدول تستبقي عقوبة الإعدام وتنادي بإبقائها للاعتبارات الآتية:

١ ـ الإعدام ذو أثر رادع لا يمكن إغفاله وأن أحداً لا يدري ما قد يحدث من زيادة في الجريمة إذا ألغيت.

٢ ـ إذا كان الإعدام غير إنساني فهو رد فعل على جرم غير إنساني، وهناك عقوبات مدى الحياة قد تكون أشد من الإعدام على نفس الإنسان.

٢ ـ العقوبات السالبة للحرية :

هناك تيار الآن ضد استخدام القوة مع المحكوم عليهم ومنها تشغيلهم في الأعمال الشاقة، ولذلك يتجه الفكر إلى توحيد العقوبات السالبة للحرية في عقوبة خالية من القوة ويتساوى فيها كل الناس في المعاملة.

٣ ـ أما الحبس قصير المدة:

فالتيار ضده على أساس أن مدته لا تكفي للإصلاح وأنه يكلف الدولة مالا مبرر له وأنه فرصة لإفساد مالم يكن قد فسد من المجرمين.

٤ ـ أما عن الغرامة:

فهناك رأي يقول بعدم عدالتها لأنها لا تحقق المساواة.

الحد الأدنى للدفاع الاجتماعي

رأت الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي أن هناك تضارباً في الرأي حول مبادىء الدفاع الاجتماعي ورأت وضع المبادىء الآتية ويلاحظ أنها أقسام أربعة:

أ ـ القسم الأول:

/ المبادىء الأساسية لحركة الدفاع الاجتماعي/ :

١ ـ الصراع ضد وظيفة بالغة الأهمية تقع على عاتق المجتمع.

٢ ـ الصراع / ضد الإجرام/ بوسائل مختلفة سواء سبقت أو لحقت أو عاصرت ارتكاب الجريمة.

٣ ـ القانون الجنائي هو / أحد وسائل مكافحة الجريمة/ .

٤ ـ الصراع لا لحماية المجتمع ضد المجرمين فقط وإنما أيضاً لحماية المجتمع / ضد خطر التردي في الإجرام/ وهذا ما يكوّن حق الدفاع الاجتماعي.

ب ـ القسم الثاني:

/ المبادىء الأساسية للقانون الجنائي/ :

١ ـ غرض القانون الأساسي هو حماية المجتمع وأعضائه / ضد

الإجرام/ .

٢ ـ السياسة الجنائية يجب أن تستمد من /التقاليد الإنسانية/ القائمة على الحضارة الحديثة.

٣ ـ يجب أن يحترم القانون /حقوق الإنسان/ .

جـ ـ القسم الثالث:

نظرية القانون الجنائي:

١ ـ تفسير قواعد القانون تستلزم دراسة واعية وعلمية للحقيقة.

٢ ـ كل تدبير يتقرر يجب أن يستهدف /إصلاح المجرم/ ولو كان هو العقوبة.

د ـ القسم الرابع:

برنامج تطوير القانون الجنائي:

١ ـ يجب أن /يسمح للمحكمة باختيار التدبير الملائم لكل حالة/ لكي يتفق مع حالة المحكوم عليه.

الباب الثاني

المسؤولية الجنائية
في الشريعة الإسلامية



المسؤولية الجنائية
في الشريعة الإسلامية

١ ـ فكرة المسؤولية (تحمل التبعة) في الشريعة: تقوم على أساس [أن العقل والإرادة الحرة المختارة هما مناط تحمل التبعة أو المسؤولية] ولذلك يقول الحديث

[رفع القلم عن ثلاث، عن الصغير حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق].

الحديث:

[رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه].

وفقهاء الشريعة سبق أن تكلموا فيما يتكلم فيه الآن علماء النفس الذي يتكلمونه عن /الغريزة والعقل/ ويعتبرون الغريزة هي الدافع الشهواني والعقل هو مناط الإدراك، وأن /الإرادة/ هي حصيلة الاثنين معاً.

فعلماء الشريعة كما قال الزيلعي مثلاً «يقول» [إن الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى، وركب في البهائم الهوى دون العقل] فكلمة الهوى هنا هي بالذات كلمة الغريزة التي يعينها علماء النفس في الوقت الحاضر.

وعلى ذلك / فالإدراك والغريزة/ يكوِّنان في النهاية / الإرادة/ وهي مناط المسؤولية، أو تحمل التبعة في كل من الشريعة والقانون، ولا يمكن أن تكون الإرادة منعدمة إلا في حالة الاستكراه أو فقدان العقل

كحالة المجنون والمعتوه وفاقد الوعي لأي سبب آخر، وإذا كانت الشريعة قد أَغفَتْ من العقاب الصبي المميز وغير المميز فإن ذلك هو ما يتجه إليه القانون الحديث فإنه لا يعاقبهم الآن بل يجعل لهم تدابير إصلاحية أو وقائية.

٢ ـ فكرة لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص:

هذه الفكرة قائمة في الشريعة قبل قيامها في القوانين الوضعية بدليل قوله تعالى: **﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فيهم رسولاً يتلو عليهم آياتنا﴾** وقوله تعالى: **﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾** و**﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾** إلخ...

وقد أدى هذا إلى وجود قاعدتين أساسيتين في الشريعة:

القاعدة الأولى:

(لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص)

بمعنى أن المكلف المسؤول لا يوصف فعله بأنه جريمة إلا إذا ورد نص بالتحريم.

القاعدة الثانية:

(الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة)

أي كل شيء مباح حتى يحرم.

وحصيلة القاعدتين أنه لا يمكن اعتبار أي فعل محرماً إلا بنص، والفعل المحرم لا يعتبر جريمة إلا إذا نص على عقاب مرتكبه حداً أو تعزيراً أو قصاصاً.

ويشترط في المكلف أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما

كلف به، وألا يكلف إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله.

والعلم الذي يحمل المكلف على الامتثال يقتضي الآتي:

أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تعلم هذه إلا إذا نُص عليها ونشر ذلك للكافة.

ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكون ذلك عن طريق النص على العقوبة.

١) العقاب في جرائم الحدود:

الحدود جرائم مقدرة وعقوبتها مقدرة من جانب الشارع، فالزاني يرجم أو يجلد كما علمنا، والشارب يجلد أربعين أو ثمانين جلدة على خلاف، والقاذف يجلد ثمانين جلدة، **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما نكالاً من الله﴾** وقاطع الطريق قال تعالى فيه: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله أن يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) والمرتد (من بدل دينه فاقتلوه) و(لايحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة) وعقوبة البغي **﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا...﴾** والحديث (من أتاكم وأَمْرُكُمْ على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه).

العقاب فيما يتعلق بالقصاص وهو أنواع:

أ) القتل العمد وإتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد، وأساس العقاب عليها آيات كثيرة مثل قوله تعالى:

﴿ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾.

و﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس. . .﴾.

و﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾.

والحديث مثل:

[من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلا إن رضي ولي المقتول].

[ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالعقل].

و[في النفس مائة من الإبل].

وإذا عفي عن القصاص أو امتنع عنه بسبب شرعي في حالة القتل شبه العمد والقتل الخطأ والأطراف خطأ والجراح خطأ فأساس العقوبات عليها الآتي:

أ) في القتل شبه العمد:

الحديث [ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل].

ب) في القتل الخطأ:

قال تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدقوا﴾.

جـ) في قطع الأطراف والجروح خطأ:

حدد الرسول في هذه الأحوال الدية حسب كل حالة، وجعل الدية كاملة إذا كان العضو ليس له مثيل بالجسم، أما إذا كان العضو له مثيل خفف الدية وجعلها النصف.

د) أما الجراح ففيها تفصيل كثير

وملخص هذا أن الحدود والقصاص محددة الجرائم والعقوبات

أما فيما يتعلق بالتعزير فالمفهوم باختصار أن التعزير إما أن يكون على معصية أو على فعل ضار بمصالح الناس أو المجتمع.

أ) فالمعاصي منصوص عليها في الشريعة ومعروفة، والذي يستطيع الرجوع إلى كتب الشريعة بالتفصيل يستطيع أن يعلم مانص عليه من المعاصي في الشريعة.

وإذا رجع الإنسان إلى الشريعة استطاع أن يعلم في جوانب مختلفة منها العقوبات التي يجوز توقيعها على هذه المعاصي ومن أمثلة هذه العقوبات:

١) قال تعالى:

﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾.

٢) الحديث:

[رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله].

٣) الحديث: قال أبو ذر (سابيت رجلاً فعيرته بأمه فقال عليه السلام يا أبا ذر عيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية) ومعنى هذا توبيخ النبي له.

٤) [علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر].

٥) وثبت أن النبي حبس وصلب رجلاً على جبل يقال له أبو ناب.

وثبت أن الرسول والصحابة من بعده قد عزروا بالقتل والتشهير

والنفي وقد جاء في الحديث (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) الخ. . .

ومقتضى ذلك أن التوبيخ ومازاد عليه من عقوبات حتى القتل منصوص عليه في الشريعة، والقاضي حينما يطبق العقوبات على المعاصي فهو يتمتع في الشريعة بسلطة تقديرية كبرى، إذ له أن يختار من العقوبات مايشاء، إذا رأى أن مايختار يلائم حالة المعصية المعروضة عليه.

وخلاصة ذلك أن التعزير إذا كان في معاصٍ فهو لايخرج عن قاعدة ـ[لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص] ـ غير أن القاضي له سلطة في الشريعة أوسع منها في القانون الوضعي.

ب) أما فيما يتعلق بالتعزير للمصلحة العامة:

فإن القاضي والحالة هذه مقيد بأن يكون الفعل المعروض عليه مشروطاً بمخالفته للمصلحة العامة، وله فيما عدا ذلك السلطة التقديرية في توقيع العقاب الملائم، أي أن سلطة القاضي في الجرائم التعزيرية التي تنافي المصلحة العامة أوسع من سلطته في الجرائم التعزيرية التي هي عن المعاصي.

الشريعة تُراعي ظروف المجرم:

يلاحَظ أن الشريعة لم تُغفل أن هناك بعض الظروف أحياناً تستلزم إعفاء المجرم من العقاب أو تخفيفه عليه، والدليل على ذلك ماوقع من الآثار:

١ ـ يُروى عن عمر بن الخطاب في عام المجاعة أنه أوقف الحد عن السارق لعدم توفر عناصر الجريمة شرعاً ألا وهي السرقة.

٢ ـ يُروى عن ابن عباس: أنه أفتى بقوله ـ من سرق دابة غيره وذبحها لدفع الجوع فلا شيء عليه ـ.

٣ ـ يُروى عن حذيفة بن اليمان أنه أفتى بعدم جلد الوليد بن عقبة لما شرب الخمر وهو أمير على الجيش في أرض الروم.

فكرة التدابير الاحترازية

يلاحظ أن الخلاف لايزال قائماً بين رجال القانون القدامى والمحدثين ـ المدرسة الوضعية الجديدة ـ فيما إذا كانت التدابير تُعَدّ من العقوبات أو تختلف عنها؟

وكانت هنالك مجموعة كثيرة من التدابير بفترة طويلة من الوقت يطلق عليها (عقوبات) على الرغم من اختلاف طبيعتها عن طبيعة العقوبة، ولكنها أصبحت في الوقت الحاضر تسمى (تدابير) على الرغم من أن تطبيقها قد يمس الحقوق الفردية ـ أي الحريات الفردية ـ.

وإذا نحن رجعنا إلى الشريعة نجد أن فكرة التدابير هذه بمعناها الحديث موجودة بعينها، ولو أنه يطلق عليها أيضاً اصطلاح (عقوبات) مثل:

١ ـ القاذف ـ ثمانون جلدة وقال تعالى ﴿**ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً**﴾ فعدم قبول الشهادة تدبير احترازي حيث يترتب على شهادة القاذف الفاسق إضرار بالمجتمع وعدم قبول شهادته إجراء وقائي.

٢ ـ المحارب: النفي من الأرض ﴿**والذين يحاربون الله ورسوله**﴾.

٣ ـ ونفي الزاني بالحديث [جلد مائة وتغريب عام] فالتغريب ليس عقوبة بل هو تدبير احترازي يراد به إبعاد شر المجرم عن الناس.

٤ ـ معاملة النساء قبل الفراق ـ [الوعظ ـ الهجر في المضاجع] ـ تدبير احترازي إصلاحي وليس عقوبة ومثل تعليق السوط بحيث يراه أهله.

٥ ـ حبس الرسول للمتهم بالسرقة حتى تثبت براءته فهذا الحبس تدبير وقائي وليس عقوبة على تهمة.

٦ ـ نفي عمر بن الخطاب لنصر بن حجاج وحلق شعره كان تدبيراً احترازياً وليس عقوبة على جماله.

٧ ـ تأديب الصبية على ترك الصلاة والصوم والطهارة مع أنهم غير مكلفين ـ المراد به تدبير إصلاحي لاعقاب.

٨ ـ منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر فهو تدبير وليس عقوبة لأنه لايعاقب في الشريعة إلا المكلف.

إذاً ففكرة التدابير الاحترازية المراد بها الوقاية أو الإصلاح كانت موجودة في الشريعة الإسلامية قبل أن تتحدث عنها الشرائع الوضعية في العصر الحديث والله أعلم.

جريمة الزّنى
بين الشريعة والقانون



الباب الأول

تأثيم الوقاع غير المشروع في الشريعة والقانون

الفصل الأول: في الشريعة

الفصل الثاني: في القانون المصري



الفصل الأول

تأثيم الوقاع غير المشروع في الشريعة الإسلامية

تمهيد

المواقعة الجنسية غير المشروعة قد تقع:

١ ـ بين ذكر وأنثى في غير حل.

٢ ـ بين ذكر وذكر.

٣ ـ بين أنثى وأنثى

٤ ـ بين ذكر وحيوان.

٥ ـ بين أنثى وحيوان.

٦ ـ بين الشخص على نفسه.

فوقوع هذه الأمور إرضاء للشهوة الجنسية هو مادعا الشرائع والقوانين إلى تأثيمها لأنها تناقض الهدف الأسمى من وجود الغريزة الجنسية (وهو إنتاج النسل وحفظ النوع).



الفصل الأول

تأثيم الوقاع غير المشروع في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

حد الزنى وتعريفه

البند الأول: حد الزنى شرعاً:

نصت الشريعة الإسلامية على حد الزنى إذ جاء في سورة النور:

﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، ولاتأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾.

البند الثاني: تعريف الزنى شرعاً:

وردت في الشريعة تعاريف مختلفة للزنى:

آ ـ عرفه الحنفية بأنه (وطء مكلف، ناطق، طائع، في قبل مشتهاة، خال من ملكه وشبهته في دار الإسلام، أو تمكينه من ذلك وتمكينها).

ب ـ وعرفه الشافعية بتعريفين:

ـ تعريف الباجوري: (وَطء مكلف، عامد، عالم بالتحريم، في قبل محرم لعينه، مشتهىً طبعاً، مع الخلو من الشبهة).

ـ أو (هو إيلاج ملتزم عالم بالتحريم حشفة أو قدرها بفرج محرم لعينه، مشتهىً طبعاً بلا شبهة).

د ـ وعرفه المالكية بقولهم:

(هو وطء مكلف مسلم فرج آدمي، لاملك له فيه، باتفاق، عمداً)

هـ ـ وعرفه الحنابلة بقولهم:

(فعل الفاحشة في قبل أو دبر).

المبحث الثاني

شروط الزنى

مما تقدم من التعاريف نستخلص شروطاً أساسية مجمعاً عليها لاعتبار الفعل زنا هي:

١ ـ وقوع الوطء: أي إيلاج الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الفرج، ولاخلاف على إيلاج الحشفة في القبل، أما إيلاجها في الدبر فهو محل خلاف والإيلاج شرط أساسي يؤكده حديثان:

ـ ماجاء عن أبي داود (أن النبي دعا الشهود فجاءه أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة).

ـ وماجاء في قصة ماعز بن مالك حين قصد النبي ليطهره من الزنا، فأقر أمامه أربع مرات بالزنا، وفي الخامسة سأله النبي: هل غاب ذلك منك في ذلك منها، قال: نعم، قال: كما يغيب المرود في المكحلة والرث في البير؟ قال: نعم، قال: فهل تدري ماالزنا؟ قال: نعم أتيت منها حراماً كما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، فأمر به فَرُجم)اهـ.

٢ ـ العقل والبلوغ، فلا حد على الصبي والمجنون، وهما شرطان أساسيان في كل العقوبات.

٣ ـ كون الفرج محرماً لعينه، فيخرج الفرج المحرم لعارض كحيض وإحرام وصوم فإتيان الرجل زوجته وبها أحد هذه العوارض لايعد زنا.

٤ ـ كون الفرج مشتهىً بطبيعته، فإتيان البهيمة والميتة ليس زنا.

٥ ـ الخلو من شبهة ـ نفي الفعل أو المحل ـ فإتيان الرجل امرأة ظنها زوجته أو ظنها أمته ليس زنا موجباً للحد.

المبحث الثالث

مايخرج من نطاق تعريف الزنا

بناءً على ذلك يخرج من نطاق تعريف الزنا كجريمة تستلزم الحد مايأتي:

المطلب (١) اللواطة:

١) الاختلاف في اعتبار اللواطة زنا أو لا؟

اختلف الفقهاء في اللواطة أتعتبر زنا أو لاتعتبر؟ إلى مذهبين:

آ ـ فمن قال أنها زنا استند إلى دليلين: بالمنقول والمعقول:

١ ـ بالمنقول:

ماروواه أبو موسى الأشعري من قول النبي (إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان)

٢ ـ وبالمعقول:

أن اللواطة مثل الزنا صورة ومعنى:

ـ أما صورة، فلأن الزنا هو إيلاج فرج في فرج محرم قطعاً وهو حاصل في اللواط.

ـ وأما معنىً، فلأن الزنا قضاء للشهوة في كل مشتهى طبعاً، وهو ذات المعنى في اللواطة لأنه لافرق بين المحلين من هذه الناحية.

ب ـ ومن قال إنها ليست زنا ـ وهم الجمهور ـ فأدلتهم ستة:

١ ـ أن العرف لم يعتبر اللواطة زنا، فمن حلف لايزني ثم لاط

لايحنث، والحديث (إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان) محمول على الإثم بدليل قوله (إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان) و(اليدان تزنيان والعينان تزنيان).

٢ ـ وأن الصحابة قد اختلفوا في عقوبة اللواطة ولو كانت زنا لأغناهم نص الكتاب في حد الزنا.

٣ ـ وأن اللواط لايساوي الزنا في الضرر وفي فساد الأنساب.

٤ ـ وأن الحد في الزنا كالبدل عن المهر، وهذا غير متحقق في اللواط.

٥ ـ وأنه يمكن الردع في اللواط بالتعزير فلا مبرر لتسميته زنا.

٦ ـ وأن القياس على الزنا باعتبار الأخير إيلاجاً في الفرج غير جائز، لأنه ليس كل مافيه انفراج فرجاً وإلا لكان العين والفم فرجاً.

٢) الاختلاف في عقوبة اللواطة:

نتج عن ذلك اختلافهم في العقوبة: إلى مذاهب ثلاثة:

آ ـ فمن جعله زنا كالشافعي جعل له حد الزنا بالنسبة للفاعل فقط، أما المفعول به فيجلد ويضرب محصناً أو غير محصن. ذكراً أو أنثى، وللشافعي قول آخر يقضي برجمهما مطلقاً محصنين أم لا.

ب ـ وأوجب مالك الرجم للفاعل والمفعول به محصناً أم لا، وحجته في ذلك:

١ ـ الحديث (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به) وفي رواية (فارجموا الأعلى والأسفل).

٢ ـ ولأن الله عذب قوم لوط بالرجم فيعاقب من يسلك سلوكهم

بالرجم.

٣ ـ ولأن الصحابة أجمعوا على وجوب قتل مرتكبي اللواطة.

جـ ـ أما أبو حنيفة فلا يرى في اللواطة غير التعزير ولو كان المفعول به امرأة.

٣) حكم اللواطة شرعاً:

- هذا الاختلاف في الرأي لم يمنع الإجماع على اعتبار اللواطة فاحشة كبرى، قال تعالى: ﴿أتأتون الفاحشة﴾ وقال النبي (لعن الله من عَمِلَ عَمل قوم لوط ثلاثاً).

ـ وجوز بعض الفقهاء إتيان المرأة في دبرها لقوله (حرث لكم).

ـ على أنه لا يجوز الاستدلال بهذه الآية على هذا المعنى فالحرث موضع النسل قال تعالى ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾. والتفسير الراجح لعبارة ﴿أنَىٰ شئتم﴾ هو (كيف شئتم) أو (من أين شئتم) أو (متى شئتم) وإباحة الكيفية لا تفيد إباحة كل مكان في الجسم، بل تفيد إباحة الطريقة أو الحالة التي يكون عليها الرجل والمرأة عند الجماعِ في المكان الطبيعي فلا تفيد العبارة تعميم مواضع الإتيان ولا تصلح دليلاً على جواز إتيان المرأة في دبرها.

ـ أما ما قيل من (أن الإلزام بموضع الحرث يقتضي بالتبعية تحريم الوطء بين الساقين وفي الأعكان لأنها ليست مواضع حرث).

فمردود عليه بأن الإمناء فيما عدا الصمامين لا يعد في العرف جماعاً ووطئاً وإنه قد حرم الوطء والجماع في غير موضع الحرث لا الإمناء بين الساقين والأعكان.

المطلب الثاني: السحاق:

ـ هو السحق بين المرأتين.

ـ اتفق الفقهاء على أنها فاحشة لا تحل قال النبي (إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان) أي تفعلان كما تفعل الزانيتان.

ـ ولكن لم يرد عقاب محدد لها فلا حد فيها، لأن فعلهما لا يتضمن إيلاجاً فأشبه المباشرة دون الفرج.

ـ وعليهما / التعزير/ .

المطلب الثالث: إتيان الميتة أو الحيوان أو الاستمناء باليد:

لم يرد فيها حد أو عقوبة محددة، ولذلك لا يشرع فيها إلا / التعزير/ .

المبحث الرابع

أغراض الشريعة في تأثيمها للوقاع غير المشروع

○ خلاصة ما سبق:

آ - نصت الشريعة على حد الزنا (أي مواقعة الرجل للمرأة مواقعة في غير حل).

ب - وشددت العقاب إذا كان الجاني محصناً - أي متزوجاً -.

جـ - وما عدا ذلك من وقائع جنسية غير مشروعة فلا عقاب عليها إلا عن / طريق التعزير/ .

○ أهداف الشريعة مما سبق:

- فالشريعة إذن تحمي الغريزة الجنسية من أن تتحول إلى غير ما خلقت له.

- فهي ترسم الطريقة المثلى للعلاقات الجنسية بحيث تحدد الهدف منها وهو النسل.

- وعلى هذا فهي توجب إتيان النساء في الحرث، وتعاقب على ما دون ذلك من وقائع جنسية لأن الهدف منها لا يكون إلا إرضاء اللذة وحدها وهو يخالف هدف الطبيعة من العلاقات الجنسية.

- ثم توجب الشريعة كون الوقاع بين الرجل والمرأة التي أحلها له الشرع لضمان حماية النسل، وتحول دون وجود الأبناء غير الشرعيين الذين لا يندرجون تحت إطار أسرة ترعاهم فيصبحون عبئاً على النوع البشري المعرَّض بذلك للتفكك والانحلال والفناء.

○ مالا تهدف له الشريعة:

١ ـ فالشريعة لا تهدف حماية حق شخصي للمرأة المزنى بها، فقد يكون برضاها.

٢ ـ ولا تستهدف حماية حق الزوج كالقوانين الوضعية فهي تعاقب الزوج اللائط بزوجته.

٣ ـ وهي لا تستهدف مجرد حماية الأخلاق، فتعاقب على الزنا ولو كان سراً.

الفصل الثاني

تأثيم الوقاع غير المشروع في القانون المصري

ضوابط البحث ـ المواقعة الجنسية غير المشروعة ـ المخادنة ـ البغاء ـ السلوك الشاذ ـ الخيانة الزوجية

تمهيد

ضوابط البحث

آ ـ القصد:

لانستهدف هنا سوى (الأفعال الجنسية التي يأتيها الطرفان بمحض اختيارهما) فيخرج جرائم هتك الأعراض والاغتصاب وإفساد الأخلاق والاعتداء الجنسي على القصر أو الصغار، فهي جرائم لايُسأل عنها سوى الجاني دون المجني عليه، فهي من جرائم العدوان الجنسي التي يفقد المجني عليه فيها الاختيار لإكراهه أو قصره.

ب ـ سر الاختلاف بين القوانين الوضعية:

اختلفت القوانين الوضعية في تأثيمها لبعض العلاقات الجنسية، وسره راجع إلى القدر الذي تتمسك به من قواعد الدين أو قواعد الأخلاق، أو إلى مدى ماتراه من مصلحة في تأثيم بعض أنواع السلوك الجنسي.

ـ فالقوانين المتأثرة بالدين أو الأخلاق تذهب إلى حد تأثيم المواقعة الجنسية بين الرجل والمرأة.

ـ بينما تذهب القوانين الحريصة على حماية الأسرة إلى تأثيم المواقعة

الجنسية بين المتزوجين باعتبار ذلك إفساداً لصلة الزوجية وتدنيساً لفراشها.

ـ وهنالك من القوانين مايؤثم الأفعال الجنسية الشاذة أو المخالفة للطبيعة باعتبارها ماسة بكرامة الإنسان.

ـ بينما أخرى ترى في بعض أنواع السلوك الجنسي خروجاً على النظام العام يستوجب العقاب.

ـ اتجاهات عامة في القانون الوضعي:

في كل القوانين الجنائية والمدنية اتجاهات عامة تكشف عن الحرص في أن يظل استخدام الغريزة الجنسية لما وجدت له. حتى هذه القوانين التي بررت التأثيم على أساس آخر لم تستطع أن تخفي فيما أوردته من نصوص أن الهدف النهائي هو دائماً حماية الغريزة الجنسية من أن تنحرف إلى غير غايتها الأصلية.

وفيما ماتؤثمه القوانين الوضعية من أنواع السلوك الجنسي ـ القانون المصري والقانون السوري ـ

المبحث الأول

المواقعة الجنسية غير المشروعة

○تعريفها:

هي (كل مواقعة جنسية على غير زواج بين رجل وامرأة)

○حكمها:

خلا القانون المصري من العقاب على مجرد المواقعة الجنسية غير المشروعة إلا إذا اعتبر الفعل وقاعاً لأنثى بغير رضاها. أو هذه لعرض صبية لم تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة بغير قوة أو تهديد، وهذه الأحوال اعتداء جنسي بالقوة على قاصر استبعدنا دراستها.

[أما مواقعة الرجل امرأة متزوجة أو مواقعة الرجل المتزوج لامرأة في منزل الزوجية فسنذكر حكمها فيما بعد باعتباره زنا معاقباً عليه قانوناً]

●والاتجاه العام في القوانين الوضعية لايستلزم العقاب على المواقعة الجنسية غير المشروعة إلا إذا صاحبها ظروف يرى المشرع معها ضرورة العقاب.

ونصت أحكام المادة ٤٧٢/ع عام من القانون الجزائي السوري

١ـ تعاقب المرأة الزانية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين.

٢ـ ويُقضى بالعقوبة نفسها على شريك الزانية إذا كان متزوجاً وإلا فالحبس من شهر إلى سنة.

المبحث الثاني

المخادنة

تعريفها:

هي (الرابطة التي تقوم على اتفاق صريح أو ضمني، أساسه العاطفة المتبادلة أو المصلحة، يستمتع كل من الطرفين فيه جنسياً بالآخر، ويصحب ذلك غالباً المعاشرة في مكان واحد). وهنا يسميها العرف (معاشرة الأزواج).

وبهذا تختلف المخادنة عن مجرد تكرار المواقعة بين شخصين إذا كان هذا التكرار وليد الصدفة أو الظروف الغامضة.

حكمها:

كان القانون المصري للعقوبات مادة ٢٣٩ إلى سنة ١٩٣٧ لا يعاقب الزوج إذا زنا في منزل الزوجية إلا إذا كان زناه بامرأة أعدها لذلك، وقد عُدّل ذلك في قانون العقوبات الحالي عام ١٩٣٧ بحيث أصبح زنا الزوج في منزل الزوجية غير مشروط بأن تكون المرأة المزني بها قد أُعدّت لذلك.

وكانت هذه المادة القديمة الشارطة كون الجاني زوجاً وكون الجريمة في منزل الزوجية دالة على أن المشرع إنما كان يحمي (فراش الزوجية) لا مجرد المخادنة في ذاتها. وقد عرض على محكمة النقض المصرية موضوع المخادنة بمناسبة تطبيق:

١ ـ قانون مكافحة الدعارة ـ ٢ ـ وتطبيق قانون التشرد.

١) فأجابت المحكمة في شأن قانون مكافحة الدعارة: إن معاشرة

رجل لامرأة في منزله معاشرة الأزواج لا يعد من أعمال الفسق والدعارة المؤثمة في القانون. إذ أن المقصود بالتأثيم هو (مباشرة الفحشاء مع الناس بدون تمييز).

٢) وأجابت بشأن تطبيق قانون التشرد؛ بأن الوسيلة التي يؤسس عليها القضاء بالتشرد يجب كونها مخالفة لقانون العقوبات أو تكون وسيلة أخرى مما عدده النص، أما إذا كانت الوسيلة مخالفة للنظام العام أو حسن الأخلاق فلا عقاب، ولذلك لا تصح إدانة المتهمة بالتشرد إذا كان ما وقع منها هو أنها ساكنت رجلاً معيناً في منزل واحد واتصلت به وتكفل بالنفقة عليها.

ونصت أحكام المادة ٤٧٤/ق.ع عام السوري:

١ـ يعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في البيت الزوجي أو اتخذ له خليلة جهاراً في أي مكان كان

٢ـ وتنزل العقوبة نفسها بالمرأة الشريك.

المبحث الثالث

البغَاء

المطلب (١) تحديد معنى البغاء والدعارة والعهر والمومس والفجور لغة

آ ـ البغاء لغةً: هو (الاتصال الجنسي غير المشروع) أي الزنا.

ب ـ والدعارة: والدعر: هو الفساد أو الفسق أو الخبث أو الشر.

جـ ـ والمومس: هي المرأة المجاهرة بالفجور.

د ـ والعهارة: هي الفسق والفجور يطلق على المرأة والرجل.

هـ ـ والفجور أو الفجر: هو الفسق أو الفسوق ويطلق على المرأة والرجل.

المطلب الثاني: تحديدها في القانون المصري:

وقد استخدم القانون المصري في أحكامه المختلفة مثل هذه الألفاظ بطريقة تحدد لكل لفظ معنى خاصاً لا يتفق مع المعنى اللغوي.

آ ـ فكان يطلق لفظ مومسات أو عاهرات على (البغايا المرخَّص لهن باحتراف البغاء) في بيوت البغاء ـ لائحة العاهرات ـ.

ب ـ وفي قانون مكافحة الدعارة ١٠/١٩٦١ عبر عن دعارة الإناث بالدعارة وعن دعارة الذكور بالفجور ووردت فيه كلمة بغاء بمعنى دعارة الإناث.

ويفهم من هذا أن كلمتي (دعارة وبغاء) وردت في القانون المصري بمعنى واحد (دعارة)للإناث وآن كلمة (فجور) وردت بمعنى دعارة الذكور.

جـ ـ وكلمة دعارة فيه كان يقصد بها في بعض مواده بغاء الإناث.

د ـ وكلمة (فجور وفسق) في بعض المواد بمعنى واحد والمقصود بهما (كل الأفعال الجنسية غير المشروعة سواء اقتصرت على الدعارة أو تجاوزت ذلك).

هـ ـ والفسق في بعض المواد تستخدم للتعبير عن (كل سلوك جنسي غير مشروع).

المطلب الثالث: تعريف البغاء في القانون المصري: (مباشرة الفحشاء مع الناس بدون تمييز):

جرى القضاء في مصر قبل صدور قانون مكافحة الدعارة / ١٩٥١ على تعريف البغاء بأنه:

(إباحة المرأة نفسها لارتكاب الفحشاء مع الناس بدون تمييز لقاء أجر).

وجاء أيضاً (أن الدعارة هي مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز) كما حددتها محكمة النقض).

ثم أضيفت كلمة (الفجور) لتشمل دعارة الذكور لأن كلمة (دعارة) وحدها تنصرف إلى (دعارة الإناث) غير أن محكمة النقض خرجت عن هذا التعريف حين قضت بأن الاعتياد على البغاء هو (الاعتياد على ارتكاب الفحشاء مقابل أجر معلوم) لكن الاعتياد ليس بشرط.

ثم عادت فقاضت [بأن معاشرة رجل لامرأة في منزله معاشرة الأزواج لا يعد من أعمال الفسق والدعارة المؤثمة في القانون، (إذ المقصود هو مباشرة الفحشاء مع الناس بدون تمييز)] وهو الأخير الناسخ.

المطلب الرابع: عناصر البغاء في القانون ا لمصري:

المفهوم من تعريف البغاء في القانون المصري أن عناصره هي: ثلاثة:

١ ـ العنصر الأول: مباشرة الفحشاء: أي كل فعل يقع من الشخص على نفسه أو على غيره لإشباع شهوة الغير الجنسية سواء كان الفعل طبيعياً أو مخالفاً للطبيعة، وسواء كان زنا قانوناً أَوْ لا.

فكل ملامسة جنسية يقصد بها الشهوة تعتبر فحشاء، فاللواطة فحشاء، والسحاق فحشاء، وملامسة جسم الأنثى أو الذكر ملامسة شهوانية فحشاء، وملامسة الشخص لذاته ملامسة شهوانية لإرضاء شهوة الغير فحشاء، وملامسة الإنسان لحيوان إرضاء لشهوة الغير فحشاء.

فيقع البغاء بين: ١ ـ ذكرين ـ ٢ ـ أو بين اثنتين ـ ٣ ـ أو بين أنثى وذكر.

٢ ـ العنصر الثاني: العمومية:

أي أن يقع الفعل مع عموم الناس، ولا يشترط هنا تعدد الناس كي يكون الفعل بغاء إنما يكفي وقوعه بطريقة يفهم منها الاستعداد لارتكابه مع عموم الناس، والاعتياد ليس شرطاً لتعريف البغاء.

٣ ـ عدم التمييز: أي مباشرة الفحشاء دون اختيار أو انتقاء، فمرتكب البغاء لا يعنى بصفة عميلة إنما يقدم نفسه لكل من يطلبه. وذلك الاقتصار على عدم التمييز دون ذكر الأجر، لأن عدم التمييز يصحبه عادة قصد الحصول على أجر.

وشرطا عدم التمييز والعمومية يعبِّران عن معنى واحد فلم يكن

ضرورياً تضمينهما معاً في تعريف البغاء.

● وتخلف أحد الشروط هذه يؤدي إلى اعتبار الفعل مجرد فسق.

فالفسق في القانون المصري (هو كل سلوك جنسي غير مشروع).

المطلب الخامس: علة تحريم البغاء:

اختلفت وجهات النظر الاجتماعية والقانونية في تحريم البغاء، ولكل وجهة مبررات تقوم عليها:

البند الأول: مبررات عدم تحريم البغاء قانوناً: (سبعة)

١) البغاء رذيلة أخلاقية، ولا يجوز للقانون التدخل في أخلاق الناس إلا بقدر ما يحمي فيه الضرر على الغير.

٢) البغاء تصرف بالجسد، وهو حق لكل إنسان.

٣) البغيّ ضحية ظروف اقتصادية ونفسية واجتماعية وهي مجني عليها.

٤) العَرْض نتيجة الطلب وذلك يقتضي عدم قصر العقاب عليها بل شرك الرجل فيه قانوناً.

٥) ضرر البغاء خاص بصاحبه، والغير المتضرر منه صحياً مسؤول عن فسقه.

٦) كشف البغاء الذي لا يقع إلا خفية يتطلب تدخلاً في الحريات.

٧) تعريف البغاء غامض. فعبارات (عدم التمييز) (لقاء أجر) (عموم الناس) تحتاج إلى تحديد فإثباتها خطير.

البند الثاني: مبررات تحريم البغاء: (سبعة) ضد الأولى

١) تحريم البغاء لا يرجع إلى كونه رذيلة أو عدمه، ولكن لمخالفته للنظام العام وتهديده النظام الأساسي للمجتمع بتقويضه فكرة الزواج والعائلة.

٢) على الإنسان عند استخدامه حق التصرف في جسده التزام الحدود التي تتعرض بعدها المصلحة العامة للخطر، فحق الملكية لم يعد مطلقاً بل انقلبت الملكية في القانون الحديث وظيفة اجتماعية.

٣) إذا قلنا بعدم عقاب البغي بناء على أنها ضحية المجتمع لكان علينا عدم عقاب كل المجرمين لأن ذلك شأنهم فالجريمة عموماً وليدة الظروف الاجتماعية.

٤) إذا كان العرض من جانب المرأة نتيجة للطلب من جانب الرجل فلا يجوز أن يكون ذلك سبباً في عدم عقابها إلا معه، فتاجر المخدرات لايبيعها إلا لمن يطلبها. فهل يجب قانوناً إشراك عميله في العقاب؟ لا...

٥) لايجوز تجريد البغاء من صفة الجريمة بدعوى أنه لايضر بشخص أحد فالفعل يكتسب صفة الجريمة بإضراره بمصلحة عامة كالتشرد والتسول وحمل السلاح بلا ترخيص، ولو لم يضر بأحد.

٦) ليس البغاء وحده الذي يقع خفية، فذاك شأن كثير من الجرائم تقع في الخفاء ويمكن كشفها وإقامة الأدلة عليها.

٧) ليس تعريف البغاء هو الشيء الوحيد الغامض في القانون، فالقانون مملوء بالتعاريف والتفسيرات الغامضة ولم يحل ذلك دون عقوبة المجرمين.

المطلب السادس: موقف القوانين من البغاء:

- وعلى أساس هذا الاختلاف في الرأي نحو تحريم البغاء أصبحت هنالك قوانين تعاقب عليه، وقوانين لاتعاقب عليه.

- ولم تعاقب القوانين فقط على بغاء الإناث، بل عاقبت على بغاء الذكور في معظم الأحوال.

- وعلى الرغم من الخلاف في تحريم البغاء فهناك إجماع أو شبه إجماع على ضرورة العقاب على البغاء إذا أدت ممارسته إلى الإضرار بالمصلحة العامة، أو إزعاج الناس، أو تصيد العملاء بالطرقات، أو الإعلان عنه أو الدعاية إليه، أو الإخلال علناً بالحياء العام، فيخرج عن نطاق حق الإنسان في التصرف بجسده إلى نطاق الاعتداء على حياء الآخرين.

- وهناك من القوانين مايستهدف عقاب العملاء أي الطرف الثاني في البغاء.

المطلب السابع: موقف القانون المصري من تحريم البغاء:

بدأ القانون المصري ينظم البغاء منذ عام ١٨٨٥، وكان مقتضى ذلك عقاب من تمارس البغاء بغير ترخيص بعقوبة المخالفة، أما البغاء ذاته فلم يكن معاقباً عليه، واستمر الأمر كذلك حتى أُلغي البغاء المنَظَّم عام ١٩٤٩، ثم صدر القانون ٦٨/ ١٩٥١ ثم قانون ١٠/ ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة فنصت المادة ٩ منه على (عقاب كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة).

المطلب الثامن: عنصرا جريمة البغاء في القانون المصري:

واضح من هذه المادة التاسعة أن هذه الجريمة ذات عنصرين

أساسيين:

١) أولاً: ممارسة البغاء:

●والممارسة لاتعني التكرار بل مجرد ارتكاب أو مباشرة فعل البغاء ولو مرة واحدة.

●والبغاء (هو مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز) وهو يشمل بغاء الإناث ـ الدعارة ـ وبغاء الذكور ـ الفجور ـ.

● ولم يشترط الأجر لاعتبار الفعل بغاء ـ بل يشترط فقط (عدم التمييز).

● وكون المرأة متزوجة أم خدينة لأحد الرجال لايمنع ممارستها البغاء مع أشخاص آخرين.

● ومعاشرة المرأة لشخص معاشرة الأزواج في فترات متقطعة لايمنع من احترافها البغاء فيما بين هذه الفترات.

٢) ثانياً: الاعتياد:

● وهو عنصر هام للعقاب على ممارسة البغاء قانوناً.

● ويتوفر الاعتياد (بارتكاب البغاء مرتين أو أكثر).

● ولاتكوِّن مرات ارتكاب البغاء سوى جريمة واحدة متى كان وقوعها قبل المحاكمة النهائية عنها كلها أو بعضها، أي سواء أكانت محل نظر في تلك المحاكمة أم لا.

● ويشترط لرفع الدعوى العمومية على جريمة الاعتياد على ممارسة البغاء ألا يكون قد مضى بين كل فعل وآخر من الأفعال المكوِّنة للاعتياد، وكذلك بين آخر فعل منها وتاريخ بدء التحقيق في الدعوى أو

رفعها.

(مدة الثلاث سنوات).

المقررة قانوناً لسقوط الدعوى العامة في الجُنَح - مدة تقادم الجنح -.

المبحث الرابع

السلوك الجنسي المخالف للطبيعة

● السلوك الجنسي الشاذ أو المخالف للطبيعة يتعارض تماماً مع هدف الغريزة الجنسية بجانب كونه مهدداً لكرامة الإنسان وحاطاً من قدره.

● والمقصود بالأفعال الجنسية المخالفة للطبيعة:

(كل فعل يقع إرضاء للشهوة الجنسية بغير طريق الجماع الطبيعي) اهـ

فيدخل فيها: اللواطة والسحاق، ومواقعة الحيوان والموتى، وسائر الأفعال الأخرى التي تقع من الشخص على غيره أو على نفسه إرضاء لغيره.

● ولم يتعرض القانون المصري للأفعال المخالفة للطبيعة في ذاتها إذ يعتبرها ضرباً من السلوك الخاص الذي لاموجب لتدخل القانون فيه.

● أما مواقعة الموتى فيجوز اعتبارها انتهاكاً لحرمة القبور فعقوبتها في مادة ١٦٠ عقوبات.

● نصت المادة ٤٩٠/ع. عام سوري:

«يعاقب بالأشغال الشاقة تسع سنوات من جامع شخصاً غير زوجه لايستطيع المقاومة بسبب نقص جسدي أو نفسي أو بسبب مااستعمل نحوه من ضروب الخداع.

٤٩١ و٤٩٢ و٤٩٣ الخ.

المبحث الخامس

الخيانة الزوجية

المطلب الأول: قصد القانون الوضعي من تحريم الخيانة الزوجية:

الزواج هو النظام الطبيعي المؤدي إلى حفظ النوع، فإذا كانت هناك تشريعات تحرم المساس بحرمة هذا النظام فمردّ ذلك إلى حماية (العلاقة الزوجية) لاإلى مجرد حماية الآداب أو الأخلاق.

فمعظم التشريعات المعاقبة على الخيانة الزوجية جرت على إيراد النصوص الخاصة بذلك في باب (الجرائم الخاصة بالزواج أو العائلة).

أما التشريعات الناصة على تحريم الخيانة الزوجية في باب (الاعتداء على حرمة الآداب) أو (هتك العرض وإفساد الأخلاق) كالقانون المصري فذلك لايعني أكثر من قرب هذا الباب في القانون لجريمة الخيانة الزوجية.

ودليل كون القانون لايقصد من تحريم الخيانة الزوجية أصلاً إلا حماية الرابطة الزوجية عن التصدع وحماية العائلة باعتبارها البيئة الطبيعية للمحافظة على النسل ـ من [أنه يعطي دائماً حق إقامة الدعوى في هذه الجريمة متوقفاً على إذن الطرف المضرور بها، بل يجعل له الحق في إيقاف الدعوى وإيقاف تنفيذ الحكم بعد العلم بالإدانة.]

المطلب الثاني: الخيانة الزوجية في القانون المصري:

البند الأول: الحكم القانوني:

ـ كان التشريع المصري يعاقب المرأة المتزوجة إذا زنت في منزل الزوجية بينما لا يعاقب الزوج الزاني إلا إذا اتخذ له خدينة في منزل الزوجية.

ـ غير أن الزوج الزاني أصبح يعاقَب إذا زنى ـ ولو مرة واحدة ـ في منزل الزوجية.

ـ وقد نصت مادة العقوبات على عقاب الزاني بالمرأة المتزوجة.

ـ أما عقّاب المرأة التي يزني بها الزوج في منزل الزوجية فيقوم على أساس الاشتراك في جريمته.

المطلب الثالث: عناصر الخيانة الزوجية في القانون المصري: أربعة: الوقاع ـ الزواج ـ منزل الزوجية ـ القصد الجنائي

البند الأول: العنصر الأول: الوقاع

وهو الوطء وتعريفه (إتيان الرجل للمرأة بالطريق الذي أعدته الطبيعة بحكم غريزة التناسل، وذلك بأن يولج الرجل عضو تذكيره في عضو الأنثى) ١٠ هـ.

ومقتضى ذلك أن الجريمة تتطلب الوطء الجنسي الكامل بين رجل بعضوه التناسلي وامرأة في عضوها التناسلي.

فإذا قَصُر الفعل عن الوطء الكامل اعتُبر شروعاً في الجريمة مما لا عقاب عليه قانوناً فلا يعتبر جريمة زنا مواقعة المرأة من الخلف، أو في فتحات جسمها عدا عضوها التناسلي، أو العبث بأي جزء شهواني من

جسدها، أو إدخال أي عضو غير عضوه التناسلي في قبلها.

ولكن لا يحول دون وقوع الجريمة عدم إمناء الرجل أو استخدامه بعض مواضع الحمل، أو كونه عنيناً أو خصياً مادام قادراً على الإيلاج، أو كون المرأة غير قابلة للحمل لأي سبب، لأن هذا لا يقوم ضماناً كاملاً لعدم الحمل، فتظل احتمالات الأضرار المتوقعة من الزنا قائمة.

البند الثاني: العنصر الثاني: الزواج:

- مقتضى جريمة الخيانة الزوجية كون رابطة زواج صحيحة قائمة بالنسبة للزوجة الزانية أو للزوج الزاني حسب الأحوال.

- وعلى ذلك فلا تعاقب المرأة الزانية أو الرجل الزاني لأن أحدهما قد ارتكب الزنا أثناء الخطوبة.

- ولكن يعاقب فقط إذا ارتكب الزنا بعد تمام عقد الزواج صحيحاً ولو كان فعل الزنا قد وقع قبل الدخول، سواء رسمياً أو لا، بل يكفي أن يثبت قيام الزوجية شرعاً ويعترف بها.

- وإذا وقع طلاق المرأة رجعياً فزواجها يعتبر قائماً حكماً مادامت في العدة، فإذا زنت المرأة أثناء فترة العدة اعتبر من جانبها جريمة.

- أما إذا وقع طلاق المرأة بائناً بينونة صغرى أو كبرى، فذلك يزيل المِلْك. ولايجعل للزوج المطلِّق حقاً في إلزامها بالإخلاص إليه، فزناها بعد الطلاق البائن لايشكل جريمة.

- وغياب الزوج عن زوجته لايجردها من صفة الزوجة وتظل ملتزمة بالأمانة له إلا إذا طال أمد غَيبة الزوج وقضت المحكمة بتطليقها منه لذلك.

ـ والمفقود الغائب الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ غيابه ويحكم القاضي بموته أو أثبتت التحريات موته، فزوجة كليهما تعتد عدة الوفاة بعد تاريخ الحكم، ولاحرج عليها بعد ذلك إذا زنت قانوناً

البند الثالث: العنصر الثالث: منزل الزوجية:

تعريفه:

قضت محكمة النقض المصرية بأن [(للزوجة أن تساكن زوجها حيثما سكن، ولها من تلقاء نفسها أن تدخل أي مسكن يتخذه، كما أن للزوج أن يطلبها للإقامة به) ويُعتبر بحكم قانون العقوبات (منزلاً للزوجة أيُّ مسكن يتخذه الزوج ولو لم تكن الزوجة مقيمة به فعلاً)] اهـ نقض

وإذن إذا زنى الزوج في مثل هذا المسكن فيحق عليه العقاب، إذ الحكمة التي توخاها الشارع وهي (صيانة الزوجية الشرعية) من الإهانة المحتملة التي تلحقها بخيانة زوجها إياها في منزل الزوجية تكون متوفرة في هذه الحالة.

البند الرابع: العنصر الرابع: القصد الجنائي في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية):

ـ المجمل: يثور هنا ضرورة ثبوت علم الزوجة الزانية بقيام الزوجية وضرورة ثبوت علم الزوج الزاني بقيام الزوجية وبصفة المكان الذي وقع فيه الفعل كمنزل الزوجية.

ـ التفصيل:

القصد الجنائي لايتوفر قانوناً إلا باتجاه الإرادة إلى الفعل مع العلم بكافة عناصره المكونة للجريمة.

١ ـ وعلى هذا فلا بد من ثبوت علم الزوجة الزانية بأنها متزوجة زواجاً صحيحاً، فإذا ثبت جهلها بذلك ارتفعت المسؤولية الجنائية عن زناها.

٢ ـ ولابد من ثبوت.علم الزوج الزاني بقيام الزوجية الصحيحة بالنسبة لزوجته وثبوت علمه بأن إتيانه الزنا إنما كان في منزل الزوجية وإلا فلا مسؤولية عليه.

٣ ـ ولابد من ثبوت علم شريك الزوجة الزانية بأنها متزوجة، وجرت المحاكم على عدم التساهل في هذا العلم حتى لتكاد تفترض هذا العلم بالنسبة للشريك. تاركة له إثبات جهله به، وعلى النيابة إثبات العكس.

٤ ـ وكذلك من الضروري ثبوت علم شريكة الزوج الزاني بزواجه وبوقوع الزنا في منزل الزوجية.

الباب الثاني

أحكام الزنا في الشريعة والقانون

الفصل الأول: دعوى الزنا

الفصل الثاني: إثبات الزنا

الفصل الثالث: عقوبة الزنا



الفصل الأول

دعوى الزنا

المبحث الأول: في الشريعة

المبحث الثاني: في القانون



المبحث الأول

دعوى الزنا في الشريعة

المطلب الأول: قيام الدعوى:

ـ قرر الفقهاء أن الشريعة بأوامرها ونواهيها جاءت لحماية المصالح الإنسانية المعتبرة وهي في القانون (المصلحة العامة) فالمصلحة العامة هي مصلحة عموم الناس ولو كان فيهم من تتعارض منفعته الشخصية مع هذه المصلحة. لأن خير المجموع مفضل على منفعة الفرد، وحيث تكون المصلحة يكون الاعتداء عليها جريمة، فالجريمة (هي اعتداء على مصالح العباد).

ـ المصالح الأساسية التي يحميها الإسلام ـ الضروريات الخمس ـ:

هي: ١ ـ حفظ الدين

٢ ـ حفظ النفس

٣ ـ حفظ العقل

٤ ـ حفظ المال

٥ ـ حفظ النسل

ـ فالحدود إنما تكون كلها في الجرائم التي اعتُبِر الاعتداء فيها على المصلحة العامة أي الاعتداء على حق الله تعالى.

ـ وليس معنى ذلك خلو الحدود كلها من حق العبد، إذ أن للعبد في بعضها حقاً غير أن هذا الحق ـ زاد أم قل ـ لايُخلّ بالحق الأكبر والأهم

وهو حق الله تعالى.

ـ فجرائم الحدود هي في المرتبة الأولى اعتداء على المصلحة العامة ولايجيء اعتداؤها على حق الفرد ـ إن وجد ـ إلا في المرتبة الثانية.

ـ جريمة الزنا:

ـ وجريمة الزنا هي من جرائم الحدود التي لاحق للعبد فيها، فهي خالصة لحق الله تعالى كشرب الخمر والردة، لأنه لاأثر لحق العبد في الزنا الواقع من الرجل على المرأة إنما يكون الأثر بالنسبة للمجتمع متمثلاً في (الإضرار بالنسب وفي شيوع الفاحشة بين الناس، وفي الاعتداء على الأسرة، وفي الاعتداء على النظام الاجتماعي الذي يستوجب أن تنشأ العلاقة بين الرجل والمرأة في صورة زواج).

ـ والخصومة ليست بشرط ـ بالاتفاق ـ في الحدود الخالصة لله تعالى، ولذلك فلا ضرورة لقيام الخصومة أو الدعوى أو الشكوى حتى يمكن البدء في تحقيق الجريمة. ولايشترط إِذْنُ أحد ـ كالقانون الوضعي.

ـ وعلى ذلك يُعتبر الشاهد فيها مدعياً، وتسمى هذه الدعوى [دعوى الحُسبة، أو شهادة الحسبة]

ـ وعلى ذلك فليس لزوج الزانية أو لزوجة الزاني أو لغيرهما من ذوي القربى أن يحول دون قيام الدعوى أو الخصومة عن واقعة الزنا بامتناعه عن إقامتها ـ فهي دعوى حسبة ينوب فيها الإمام عن المجتمع، بل ولايملك الإمام ذاته أن يحول دون قيامها مادامت قد توفرت عناصر الجريمة.

المطلب الثاني: التنازل عن الدعوى:

- وإذا كان مقصوراً وجود الحق الشخصي في جريمتي السرقة والقذف إذ يقع الاعتداء على حق المال في الأولى وعلى حق السمعة والكرامة في الثانية، فيُتصوَّر العفو فيهما.

- فالأمر ليس كذلك في جريمة الزنا المتعلِّقة بحق الله خالصاً، فلا يجوز فيها العفو سواء أكان ذلك قبل الترافع أو قبل الإثبات أو قبل الحكم أو بعده.

- فحد الزنا لايجوز إسقاطه بالعفو من جانب زوج الزانية أو زوجة الزاني أو غيرهما ممن يدعون الضرر من الجريمة.

المطلب الثالث: التوبة:

- أجمع الفقهاء على أن حقوق العباد لاتسقط بالتوبة، لأن أساس التوبة أولاً هو أداء ماعلى مرتكب الجريمة من حق للناس.

- أما حقوق الله وهي الحدود فلا تسقط بالتوبة بعد القدرة عليه والتمكن منه. وذلك لأن الحدود لاتسقط بالتوبة بعد القدرة اتفاقاً، وإلاّ تساقطت الحدود وتعطلت بادعاء التوبة.

- أما التوبة قبل القدرة ففيها خلاف إلى مذهبين:

١ ـ لاتُسقط العقوبة ـ وهو مذهب غير الشافعية ـ.

٢ ـ وتسقط العقوبة وهو مذهب الشافعية وبعض الحنابلة وابن القيم ـ وهو الراجح لديه. فلا عقوبة إذا كانت التوبة قبل القدرة على مرتكب الجريمة.

بل ذهب ابن القيم إلى جعل الاعتراف أو الصلاة في ذاته دليلاً على التوبة

ـ أدلة ابن القيم وحججه: دليلان: من المعقول والمنقول:

آ ـ من المعقول: اثنان

١ ـ أن التوبة تحول دون عذاب الآخرة فكيف لاتحول دون إقامة الحدود؟

٢ ـ وأن الله قد أسقط الحد عن المحاربين بالتوبة قبل القدرة عليهم، فكيف لايكون ذلك بالنسبة للجرائم الأقل شأناً كالزنا.

ب ـ من المنقول: حديثان:

١ ـ ماروي [أن رجلاً سأل النبي قال: يارسول الله أصبت حداً فأقمه عليَّ، ولم يسأله عنه، وحضرت الصلاة فصلى مع النبي، فقام إليه الرجل فقال: يارسول الله إني أصبت حداً فأقم كتاب الله، قال النبي: أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم، قال: فإن الله قد غفر لك ذنبك أو ـ حدك] متفق عليه.

وقد اختلف في وجه دلالة الحديث:

آ ـ فقالت طائفة: أقر بحد ولم يسمه، فلم يجب على الإمام استفساره، ولو سماه لحدَّه كما حد ماعزاً

ب ـ وقالت طائفة: بل غفر له بتوبته، والتائب من الذنب كمن لاذنب له، فمن تاب من الذنب قبل القدرة عليه سقطت عنه حقوق الله.

٢ ـ وماروي [من أن امرأة خرجت تريد الصلاة فتحللها رجل فقضى حاجته منها، فصاحت، ففر، ومر عليها غيره فأخذوه، فظنت أنه هو وقالت: هذا الذي فعل بي، فأتوا به النبي فأمر برجمه، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال: أنا صاحبها، فقال النبي: اذهبي فقد غفر الله

لك، وقال للرجل قولاً حسناً، فقالوا: ألا ترجم صاحبها؟ فقال: لا، فقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقُبل منهم]. خ أحمد فإن قيل: كيف أمر برجم البريء؟ قيل لو أنكر لم يرجمه.

المطلب الرابع: تقادم الدعوى:

البند الأول: الخلاف في سقوط الشهادة والإقرار في الحدود القديمة بالتقادم أقوال أربعة:

١ ـ (رد الشهادة بالحدود القديمة ـ فيما عدا الشرب ـ وقبول الإقرار بها) وهو قول أبي حنيفة ويعقوب.

٢ ـ ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب، وهو قول محمد.

٣ ـ قبولهما، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ـ الجمهور ـ.

٤ ـ ردهما، وهو لابن أبي ليلى.

الأدلة:

١ ـ دليل الجمهور: ـ القائلين بعدم تقادم الشهادة والإقرار في الحدود ـ

● ـ أن الشهادة في حقوق العباد لاتسقط، فلا مبرر لإسقاطها في حقوق الله.

● ـ وأن العبرة ليست بالتقادم وإنما بتصديق الشهادة أو الإقرار، وهو أمر تقديري لايجوز إخضاعه للتقادم.

١ ـ ٢ ـ أدلة الحنفية ـ القائلين بتقادم الشهادة وحدها دون الإقرار ـ فمقصور ذلك على الزنا والشرب والسرقة.

● وقائم على أن الشاهد في تأخيره للشهادة يضع نفسه موضع الشبهة والتهمة، لأنه كان واجباً عليه أن يبادر بالتفضيل بين أمرين:

آ ـ التقدم بالشهادة لإقامة الحد منعاً للفساد وردعاً للمخطىء.

ب ـ أو التستر عليه عملاً بحديث الستر ودرءاً لشيوع الفاحشة.

أما وإنه قد تأخر بغير مقتضٍ فلا اعتماد على شهادته خوفاً من أن يكون إقدامه عليها نتيجة أحقاد أو عداوة. قال عمر(أيما شهود شهدوا على حد تأخروا عنه، فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم) وقال النبي (لاتقبل شهادة خصم ولاضغين) و(ادرؤوا الحدود بالشبهات ماستطعتم) فتتقادم الشهادة في جريمة الزنا كالشرب والسرقة يسقطها ٠ أما الإقرار فلا يتقادم بنظر القائلين بتقادم الشهادة، لأنه يختلف عنها في أن تهمة الضغينة أو الحقد أو الانتقام منتفية فيها، وعلى ذلك فالإقرار بالزنا لايتقادم.

٤ ـ أدلة من يقولون بسقوط الحدود بالتقادم شهادةً أو إقراراً (ابن أبي ليلى).

● أن الحدود إنما شرعت للردع والزجر، ولايتحقق ذلك إلا عند وقوعها، فإذا تباطأت العقوبة زالت فرصة الردع، بل تحققت مظنة التوبة، والتائب من الذنب كمن لاذنب له، وهو مقبول معاً.

البند الثاني: تأخر إقامة الحد عن تاريخ صدور الحكم:

فإذا تأخرت إقامة الحد عن تاريخ صدور الحكم بناء على الشهادة في الزنا والشرب والسرقة فهناك مذهبان:

أ ـ مذهب أبي حنيفة والصاحبين: سقوط الحد بالتقادم بعد الحكم به

بمقتضى الشهادة، فلا تجوز إقامته.

ب ـ وذهب زفر ومالك الشافعي وأحمد ـ الجمهور ـ إلى عدم سقوط الحد بالتقادم بعد الحكم به بمقتضى الشهادة، بحجة أن الحد الثابت لايسقط إذا تأخرت إقامته، وليس إسقاطه إلا تعطيلاً لحد من حدود الله ولايجوز أن يُتخذ الإبطاء في تنفيذ الحد عذراً لإهداره، ولايجوز أن تكون الحيلة أو الهرب من جانب المأمور بحده وسيلة لتجنبه الحد.

البند الثالث: مدة التقادم:

اختلف فيها إلى مذهبين:

١ ـ مذهب أبي حنيفة ولايرى تحديد هذه المدة تاركاً تقديرها للقاضي حسب ظروف ومقتضيات كل حالة على حدة.

٢ ـ ومذهب غيره التحديد: فيرون أن تكون مدة تقادم الحد في السرقة والزنا

آ ـ ستة أشهر

ب ـ أو شهراً واحداً بناء على أن الشهر هو الفرق مابين العاجل والآجل.

المبحث الثاني

دعوى الزنا في القانون

تمهيد

○ الخيانة الزوجية وحدها حولها الدراسة.

ـ قانون العقوبات أحد فروع القانون العام، فأحكامه تحمي أصلاً مصالح عامة لاخاصة، فإذا حمت مصلحة خاصة فباعتبارها عنصراً من عناصر المصلحة العامة التي هي الهدف النهائي من حماية القانون.

ـ ولايثور في الفقه القانوني موضوع المصلحة الخاصة أو العامة في الجرائم الجنسية إلا في جريمة الخيانة الزوجية إذ هي الجريمة التي توقع إضراراً بالزوج المجني عليه.

ـ أما غيرها من جرائم الاعتداء الجنسي فلا محل للحديث فيها عن المصلحة الخاصة أو العامة طالما أنه لايوجد مجني عليه فيها، كجريمة المواقعة الجنسية، أو الأفعال الجنسية المخالفة للطبيعة، أو البغاء، أو المخادنة، فتقع كلها باختيار ورضاء طرفيها، وليس من مجني عليه فيها على وجه اليقين إلا المجتمع، فالمصلحة العامة هي المضرورة وحدها بلا جدال.

ـ أما جريمة الخيانة الزوجية ففيها المجني عليه من الأفراد، وهو الزوج الذي توقع الجريمة إضراراً به.

○ عامة أو خاصة مصلحة عقوبتها

ـ وأدى تقييد التشريعات إقامة الدعوى العامة ضد مرتكب هذه الجريمة بتقديم شكوى أو إذن من المجني عليه ـ إلى إثارة ماإذا كانت المصلحة التي يحميها قانون العقوبات بتحريم الخيانة الزوجية هي مصلحة خاصة أو عامة؟؟

ـ الجواب:

انها في أصلها جريمة تقع إضراراً بالأسرة التي هي نواة المجتمع والركن الأساسي في النظام الاجتماعي (فهي جريمة واقعة على المصلحة العامة قبل وقوعها على حق الزوج المجني عليه فيها).

○ حق الزوج المتضرر في القانون الوضعي:

تجري كل التشريعات المعاقبة على الخيانة الزوجية على مايلي مع اختلاف في التفصيل:

ـ لما كانت معاقبة الزوج الزاني أو الزوجة الزانية قد تؤدي أحياناً إلى الإضرار بالأسرة ذاتها أو تفككها أو تصدعها، وهو مايتعارض مع قصد القانون من حماية الأسرة.

ـ ونظراً لأن الزوج المجني عليه هو وحده الذي يستطيع أن يُقدِّر حالة أسرته وظروفها ومدى ماتتعرض له من أضرار إذا عوقب الزوج الزاني، واضعاً في اعتباره مايترتب على ذلك من فضيحة تلحق الأبناء أو مخاطر تربوية أو اقتصادية يتعرضون لها ـ

ـ لذلك [عَلَّق القانون الوضعي رفع الدعوى في الزنا على إذن منه أو شكوى يقدمها بعد أن يوازن بين جانبي المصلحة، ويختار مايراه منهما

جديراً بالإقدام عليه].

- وإذا تسرع الزوج المضرور فأقدم على رفع الدعوى ثم عاد فتدبر الأمر ورأى أن مصلحة الأسرة ليست في الاستمرار في هذه الدعوى، فله أن يعدل عنها ويتنازل عن شكواه، فلا تستمر الدعوى، بل له هذا الحق - ولنفس الغرض - إذا ماصدر الحكم النهائي فيها وحين إذن يوقف تنفيذ الحكم.

○ مواد القانون المصري: - العقوبات -

٢ - م٤ - (المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت)

١ - م٤ - (لايجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته المبين آنفاً فلا تسمع دعواه عليها)

٣ - م٤ - (كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لاتزيد عن ستة شهور).

٤ - م إجراءات جنائية (لايجوز رفع الدعوى إلا بناءً على شكوى شفهية أو خطية من المجني عليه أو وكيله الخاص - إلى النيابة العامة - أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات).

شرح المواد

المبحث الأول

الدعوى

○ تحرك الدعوى:

- لاتتحرك الدعوى في جريمة الزنى إلا بناء على شكوى الزوج أو الزوجة المجني عليها، فإذا رفعت النيابة الدعوى بغير ذلك كانت باطلة، ولايصححها دخول الزوج بعد ذلك باعتباره مدعياً مدنياً.

- وإذا كان للزوج حق التبليغ أو الشكوى، فحقه ينتهي عند هذا الحد.

أما تحريك الدعوى بعد ذلك فتصبح من حق النيابة العامة وحدها، وتستعيد الدعوى بذلك مكانتها في القانون العام، ويصبح المجني عليه غريباً عنها، فإذا لم يستخدم حقه في إيقافها بالتنازل فللنيابة أن تطعن فيها بجميع أنواع الطعون القانونية من استئناف ونقض بدون تدخل الزوج.

- وعلى ذلك، فليس المقصود بعبارة (دعوى الزوج) أو (دعوى الزوجة) الواردتين في المواد / عقوبات - سوى (شكوى الزوج أو شكوى الزوجة)، يؤكد ذلك المادة الأخيرة من الاجراءات.

- والواقع أن تحريك الدعوى يتضمن كل إجراء من إجراءات التحقيق

فيها. (فلا يجوز السير في تحقيق جرائم الزنى الواقعة من الأزواج أو الزوجات قبل تقديم بلاغ الزوج المجني عليه) النيابة/

○ حكمة الشارع

ـ والحكمة التي قصد إليها الشارع من تقييد حق النيابة في إقامة الدعوى إنما هي لما لهذه الجرائم من الارتباط المباشر بمصلحة العائلة وشرفها، تلك المصلحة التي يهيمن عليها الزوج. فالبدء في تحقيق هذه الجرائم بغير بلاغ سابق من صاحب هذا الحق وهو الزوج ـ من شأنه التشهير بالعائلة.

○ الشريك

ـ ونظراً لأن الدعوى الجنائية ضد الشريك في الزنا ترتبط بدعوى الزوج الزاني فلا يجوز تحريك الدعوى ضد الشريك إلا إذا كان ذلك / بالتبعية/ للدعوى ضد الزوجة.

ـ وإذا قُدمت الشكوى من المجني عليه ضد الزوج الثاني فقط، كان للنيابة إدخال الشريك في الدعوى، ولكن ليس للمجني عليه أن يطالب بمحاكمة الشريك وحده.

○ وفاة المجني عليه:

ـ وإذا حدثت وفاة المجني عليه بعد تقديم الشكوى فلا تأثير لها على سير الدعوى.

ـ لكن يجوز لكل من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه التنازل عن الشكوى فتنقضي بذلك الدعوى العمومية.

ـ وإذا لم يتوافر البلوغ أو العقل بالنسبة للأبناء جاز للولي أن يتنازل

نيابة عنهم، فإذا لم يكن هنالك ولي جاز للنيابة التي تمثل القاصر أن تتنازل.

○ الطلاق بين الزوجين

- ولايمنع الطلاق بين الزوجين بعد تقديم الدعوى من الاستمرار في الدعوى، ولكن يشترط حينئذ أن لايكون الطلاق سابقاً على الشكوى وإلا اعتبرت الشكوى مقدمة من غير ذي حق.

○ التلبس بالجريمة

- وإذا كانت جريمة الزنا متلبَّساً بها فيجوز البدء في التحقيق خوفاً من ضياع الأدلة، ولكن لايجوز القبض على المتهم إلا إذا صَرَّح بالشكوى من يملك تقديمها، ولايجوز السير في الدعوى إلا بناء على هذه الشكوى.

المبحث الثاني

تقديم الشكوى

○ أحكام تقديم الشكوى

- يجوز كون الشكوى شفوية أو كتابية ويجوز تقديمها من المجني عليه أو وكيله، وابنة المجني عليه التي كلفها بالإبلاغ عن زنا والدتها وكيلة عنه اهـ نقض

- تعتبر الشكوى حقاً شخصياً للزوج أو الزوجة المضرورة من الجريمة (فلا ينتقل الحق فيها للورثة)

- وإذا كان المجني عليه مصاباً في عقله، تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه.

- ويجب كون الشكوى عن واقعة زنا حدثت أثناء قيام الزوجية الصحيحة بل يجب تقديمها أثناء قيام الزوجية.

○ الشريك

- وإذا قُدمت الشكوى ضد الزوج الزاني اعتبرت مقدمة في نفس الوقت ضد الشريك.

- أما إذا قُدمت ضد الشريك وحده فلا يكفي ذلك لسير الدعوى بل يعتبر تنازلاً عن الدعوى ضد الزوج الزاني فيستفيد منه الشريك.

○ اقتران الزنا بجريمة أخرى:

- يثور الخلاف إذا:

آ ـ اقترن الزنا بجريمة أخرى كالاعتداء على النفس.

ب ـ أو إذا تعدد وصف الواقعة فانطبق عليها وصف الزنا ووصف آخر كالفعل الفاضح العلني أو البغاء أو هتك العرض.

ففي هذه الأحوال هل يمتنع على سلطات التحقيق اتخاذ أي إجراء تحقيقي أو تحريك الدعوى بالنسبة للجريمة الأخرى غير جريمة الزنا دون حاجة إلى تقديم شكوى من الزوج المجني عليه؟

ـ الجواب:

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً إلا محكمة النقض أن للنيابة العامة مباشرة حقها في رفع الدعوى للجريمة الأخرى غير جريمة الزنا دون شكوى، ولو أن الأمر يقتضي التحقيق فيهما معاً.

ـ أما محكمة النقض:

فقضت بعدم جواز رفع الدعوى في جريمة دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة الزنا إذا ثبت أن الجريمة المقصودة هي جريمة زنا لم يقدّم الزوج المجني عليه شكوى فيها.

ـ وهذا الحكم محل نقد

لأنه يحول دون معاقبة الجاني في جريمة قد تكون أخطر من جريمة الزنا لمجرد أن الزوج المجني عليه لم يقدم الشكوى عن جريمة الزنا.

O تقادم الشكوى:

ـ لايجوز تقديم الشكوى بعد /ثلاثة أشهر/ من يوم علم المجني عليه بجريمة الزنا، لأنه لايجوز أن يترك للمجني عليه وقت طويل يتدبر فيه الأمر ويختار فيه بين الإبلاغ وعدمه، مخافة اتخاذ ذلك ذريعة للتهديد

والمساومة ـ ثم إن الشهور الثلاثة كافية لهدوء النفس بعد العلم بالزنا.

ويجب أن لاتجاوز الشهور الثلاثة مدة الثلاث سنوات المقررة لسقوط الدعوى في الجُنَح.[1]

(١) في القوانين الحديثة أصبحت الشكوى كتابية جميعها مع اتخاذ صفة الادعاء الشخصي ودفع سلفة الادعاء لتحريك الدعوى العامة.

المبحث الثالث

التنازل عن الشكوى

- يجوز لمن قَدَّم الشكوى عن جريمة الزنا أن يتنازل عنها في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي، فتنقضي الدعوى الجنائية بالتنازل.

- والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعتبر تنازلاً بالنسبة للباقين.

- وإذا توفي الزوج الشاكي فلكل واحد من أولاده من الزوج المشكو منه حق التنازل عن الشكوى وتنقضي الدعوى.

والفقه والقضاء على أن هذا التنازل جائز في أي حالة كانت عليها الدعوى قبل صدور الحكم النهائي، فيجوز التنازل في المرحلة الاستئنافية بعد صدور الحكم البدائي.

- ولايلزم من التنازل عن الشكوى عودة الزوج لعلاقته الزوجية مع زوجته الزانية، ولايلزم أن تكون الزوجية قائمة عند التنازل، فيجوز للمجني عليه الذي طلق زوجته الزانية التنازل عن شكواه بعد طلاقها.

- حق التنازل عن الشكوى حق شخصي ينقضي أصلاً بوفاة صاحبه ولاينتقل إلى الورثة.

إلا أن المشرع أجاز استثناءً لكل واحد من أولاد الشاكي من الزوج المشكو منه التنازل عن الشكوى فتنقضي الدعوى الجنائية، ويستوي كون الولد ذكراً أو أنثى.

- ويكفي تنازل أحد الأولاد ولو عارضه في ذلك الآخرون.

- ولكن يشترط كون المتنازل من الأولاد عاقلاً بالغاً سن (١٥) سنة.[١]

- وللزوجة حق التنازل عن الشكوى ضد زوجها الزاني فتنقضي الدعوى.

(١) أما في القانون السوري فحد البلوغ للفتى والفتاة معاً هو (١٨) ثمانية عشر عاماً ميلادياً ا. هـ

المبحث الرابع

عفو الزوج عن زوجته

- جعل المشرع المصري للزوج حق العفو عن زوجته الزانية بعد صدور حكم نهائي بإدانتها بمادة عقوبات (للزوج إيقاف تنفيذ الحكم الصادر ضد زوجته برضائه معاشرتها له كما كانت). لنفس العلة في إيقاف الدعوى بالصفح.

- ومعظم الشراح على أن الزوج يفقد الحق في هذا العفو إذا طلق زوجته، إلا إذا عاد إلى مراجعتها أو عقد عليها من جديد.

- ولم يجعل للزوجة مثل هذا الحق، وهو تحيز واضح للرجل مع أن المصلحة المراد تحقيقها واحدة في الحالتين.

المبحث الخامس
سقوط الدعوى ضد الزوجة بثبوت زنا الزوج

مادة عقوبات ـ (إذا زنى الزوج في المنزل المقيم فيه مع زوجته لا تسمع دعواه عليها) أي دعواه عليها إذا زنت.

ـ فللزوجة التي أقيمت عليها الدعوى لزناها أن تدفع بسابقة ارتكاب زوجها الزنا في منزل الزوجية، فلا تسمع دعواه عليها.

ـ وليس معنى ذلك كون حكم قد صدر ضد الزوج الزاني قبل تقديمه الشكوى ضد الزوجة الزانية، بل يكفي أن يُثار أمر زناه أمام المحكمة التي تنظر دعواه ضد الزوجة ويقوم الدليل عليه، ويُقبل هذا الدفع من الزوجة على أية حال كانت عليها الدعوى.

ـ ويشترط في جميع الأحوال كون زنا الزوج وزنا الزوجة وقعا في ظل عقد زواج واحد.

ـ ولم يعطَ الزوج حقاً مماثلاً لحق الزوجة في الدفع بزناه، لأن الزوج هو الذي ينبغي أن يكون قدوة حسنة لزوجته.

الفصل الثاني

إثبات الزنا

في الشريعة والقانون

المبحث الأول: في الشريعة

المبحث الثاني: في القانون



المبحث الأول

إثبات الزنا في الشريعة

تمهيد

ـ حق الله ـ حق المجتمع ـ هو أصل الخصومة في الحدود، ويترتب على ذلك التشديد في إثباتها لأن مقدار قوة الحقوق في ارتباطها بالمجتمع يتبعه مقدار قوة الإثبات، فكلما زادت صلة الحد بحق الله، وتضاءل فيه حق العبد كان التشديد واجباً في الإثبات، وكلما قوي حق العبد قل التشديد في الإثبات.

ـ وتستهدف الشريعة بهذه السياسة عدم اتخاذ حماية المجتمع حجة لفتح باب التجسس وكشف أسرار الناس، وإهدار حرماتهم والتشجيع على الغش والكذب والتدليس والانتقام والإيقاع بالأبرياء.

ـ والزنا أول الجرائم التي ينبغي التشديد في إثباتها، فجعلت الشريعة حد القذف لمن يحاول نسبة الزنا إلى الناس بغير ما رسمته من أدلة، لندرة إطلاع الغير عليه ولخفائه فلا بد من التدقيق في التحري عنه ومن التأكد من صحة الاعتراف به وإلا فسد الخلق العام.

قال النبي: (أيها الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو في ستر الله، ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد). و(من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة).

ولم يثبت الزنا عند الرسول وخلفائه الراشدين بالبينة، ولم يُحد أحد لديهم إلا بالإقرار.

وآية ذلك حديثا ماعز والغامدية.

- وأجمع الفقهاء أن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أو بينة هي أربعة شهود، ويعتبر الشهود هم المدّعون، وشهادتهم (- حسبة -).

- وستتكلم عن الشهادة والإقرار.

المطلب الأول: الشهادة:

○ الأصل في ذلك.

- قال تعالى ﴿**واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم**﴾ وقال تعالى:

- ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً، وأولئك هم الفاسقون**﴾.

- وقال سعد بن عبادة (يارسول الله أرأيتَ إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال نعم).

○ عدد الشهود وشروطهم:

- إذن يجب أن يكونوا أربعة، ورجالاً، وعدولاً، فلو شهد على الزنا أقل من أربعة لايثبت، ولكن هل يجب حد القذف في هذه الحالة؟ الرأي الأصح أنه يجب لأنهم قذفة إذ لاحسبة عند نقصان العدد.

○ اجتماع الشهود وتفرقهم: خلاف؛

آ - عند الشافعي: لافرق بين مجيئهم متفرقين أو مجتمعين، بل مجيئهم متفرقين يجعلهم أبعد عن التهمة، ولافرق بين مجيئهم من تلقاء أنفسهم واحداً بعد الآخر وبين تقديم القاضي الواحد بعد الآخر ليشهد.

ب ـ ورأي أبي حنيفة أنهم إذا أتوا متفرقين لاتصح شهادتهم وعليهم حد القذف

ـ لأن الشاهد الواحد بالزنا يعتبر قاذفاً ولو سمَّى نفسه شاهداً.

ـ ولأنه شهد على المغيرة بن شعبة عند عمر ثلاثة، ثم جاء رابع فقال (رأيت أستا تنبو ونفساً يعلو، ورجلاها على عاتقه كأذني حمار ولاأدري ماوراء ذلك) فجلد عمر الثلاثة ولم يسأل هل معهم شاهد آخر.

○ الشهادة على الشهادة:

آ ـ مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد أنه إذا شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا ـ لم يُحد، لأن في الشهادة على الشهادة زيادة شبهة، ومثلها وإن لم تمنع في الشرع لأن الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بها في المال، لكنها ضعيفة في الحدود كشهادة النساء صحيحة في المال غير ذلك في الحدود لزيادة الشبهة.

ب ـ ومذهب الشافعي أنها يُحد بها إذا تكاملت شروطها.

○ الاختلاف في المكان من بلد إلى بلد:

اختلاف الشهود في مكان الزنا من بلد إلى بلد / فلا يحد المشهود عليه/ أما الشهود فقد اختُلف في حدهم على قولين:

آ ـ الجمهور على أنهم لايُحدون، لأن المشهود به فِعْل الزنا، وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم بالنسبة للمكان نصاب الشهادة بينما تم نصابها بالنسبة للفعل والمرأة، فأضحت الشبهة دارئة لحد القذف بالنسبة للشهود ودارئة لحد الزنا بالنسبة للمشهود عليه.

ب ـ وخالف زفر فقال بحد الشهود لأن نقصان عددهم أفقدهم

نصاب الشهادة فأصبحوا جميعاً قذفة.

○ الاختلاف في المكان في البيت الواحد:

وإن اختلفوا على مكان الزنا في داخل بيت واحد فهنا قولان:

آ ـ قول الجمهور= /يحد الرجل والمرأة/ إذ من الممكن اختلاف تقدير الشهود في زوايا البيت وهو مكان صغير.

ب ـ ولدى زفر والشافعي ومالك: /لايحدان/ .

○ ذكر الصفات:

ويجب ـ لصحة الشهادة ـ أن يذكر الشهود الزاني ومن زنى بها، وأن يشهدوا بأنهم رأوا ذكره داخلاً في فرجها دخول الميل في المكحلة.

○ مسائل:

ـ إذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة، وهي غائبة فإنه يحد.

ـ وإذا شهدوا أن رجلاً زنى بامرأة، إلا أن شاهدين منهما قالا: استكرهها، وقال الآخران: طاوعته، فهنا:

ـ عند أبي حنيفة وزفر والأئمة الثلاثة: يندرىء حد القذف عن الشهود، بينما يحد الرجل وحده دون المرأة، لأن الشهود اتفقوا على موجب الحد وهو الزنا في حق الرجل، وزاد اثنان منهم الاستكراه وهو مما يوجب التشديد لا التخفيف على الرجل.

أما المرأة فلا حد عليها لأن طواعيتها وهي شرط الموجِب لم تثبت على وجه اليقين.

ـ وإذا شهدوا على رجل بأنه زنى بامرأة ثم اتضح أنها بكر يسقط

الحد عنهم لوجود الشبهة في الزنا بثبوت البكارة، فلا يحد الشهود لاحتمال صدقهم، ولا يحد الرجل والمرأة لأن الزنا لايتحقق عادة مع وجود البكارة.

- وإذا كان الشهود في الزنا أربعة من الفساق فهنا خلاف إلى مذهبين:

آ - يرى أبو حنيفة أن الحد لايجب على الشهود أو المشهود عليهما، لأن الفاسق من أهل الشهادة، وقد استوفى الأربعة شهود نصاب الشهادة فهم ليسوا قذفة بل متهمون بفسقهم وهذا يدرأ الحد عن المشهود عنه.

ب - ويرى الشافعي أنهم غير موصوفين بالشروط المعتبرة في قبول الشهادة فخرجوا عن كونهم شهوداً فبقوا محض قاذفين.

- وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودين في قذف /يحد الشهود/ ولايحد المشهود عليه.

○ أنواع الشهود في الشريعة: ثلاثة أنواع:

١ - نوع هو أهل للأداء والتحمل - أي يُحكم بشهادته وتثبت بها الحقوق وهو الحر البالغ العاقل العدل - والفاسق كذلك لكن في شهادته قصور لتهمة الكذب فلا بد من الاستيثاق منها - .

٢ - ونوع ليس أهلاً للتحمل أو الأداء كالصبي والمجنون.

٣ - ونوع هو أهل للتحمل وليس أهلاً للأداء كالأعمى والمحدود في قذف/ فينعقد النكاح بشهادتهما/ ولايثبت بهما الحد/ .

المطلب الثاني: الإقرار:

يجب كون الإقرار بالزنا صريحاً وخالياً من شبهة الكذب، فإقرار

الأخرس بالزنا بكتابة أو بإشارة لايحد به للشبهة لعدم الصراحة.

البند الأول

○ العدد في الإقرار:

اختلف الفقهاء في عدد مرات الإقرار التي يصبح بها الإقرار صريحاً مثبتاً للزنا: إلى مذهبين:

آ ـ فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لابد من الإقرار أربع مرات في أربع مجالس، وأن يراجَع في كل مرة حتى تكون لديه الفرصة للرجوع عن إقراره.

ب ـ وذهب الشافعي وأكثر المالكية إلى أنه لاحاجة إلى تكرار الإقرار مادامت القرائن تدل على الإصرار عليه.

الأدلة:

آ ـ أدلة الأولين ـ الذاهبين لضرورة التكرار أربع مرات ـ أربعة

١ ـ أن الشهود على الزنا أربعة فيجب كون الإقرار كذلك.

٢ ـ وأن الإقرار بالزنا ليس كالإقرار ببقية الجرائم إعظاماً لخطورته.

٣ ـ وأن الزنا اعتداء على حق الله فليس هناك ذو مصلحة في تكذيبه كجرائم حق العبد فلها من يكذبها.

٤ ـ أن الرسول لم يأمر بحد ماعز والغامدية إلا بعد إقرار كل منهما ربع مرات.

ب ـ أدلة الآخرين: ـ الذاهبين إلى الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة ـ

١ ـ أن كون الشهادة لاتكون إلا بأربعة لايقتضي أن يكون الإقرار

أيضاً أربع مرات، إذ أن شهادة الإنسان على آخر ليست كشهادته على نفسه لاحتمال الكذب في الأولى أكثر منه في الثانية.

٢ ـ وأن كون الشهادة في الأموال برجلين أو برجل وامرأتين لايمنع من ثبوت الإقرار بغير تكرار.

٣ ـ وأن الأحوال التي طلب فيها النبي تكرار الإقرار لم يكن المقصود بالتكرار إلا الاستيثاق من الإقرار وصدوره من مريد مختار قاصد لما يقول.

البند الثاني: أحكام الإقرار:

○ اقتضاء الإقرار اختلاف المجالس

ـ واستلزام تكرار الإقرار يقتضي اختلاف المجالس، بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر وهكذا، لأن النبي طرد ماعزاً في كل مرة أربع مرات.

ـ والمقصود باختلاف مجلس الإقرار هو: اختلاف مجلس المُقِرّ لاالقاضي، لإيضاح اتحاد الإقرار والإصرار عليه.

○ الإقرار عند الملاعنة:

وقد تقر المرأة الزانية إذا لاعنها زوجها، فتؤخذ بإقرارها لا بشهادة زوجها عليها.

لأن شهادته وحده لاتستوفي نصاب الشهادة على الزنا، ولكنه لايُحد حد القاذف إذا ماأنكرت زوجته الزنا.

والزوج في ذلك يختلف عن الأجنبي إذا قذف امرأةً بالزنا إذ أن الأجنبي مستغن عن قذفها ولاحاجة له إليه، إذ أن زناها لايضره فقذفه

لها عدوان محض فيترتب عليه الحد.

أما الزوج فهو محتاج إلى ادعاء زناها لضرره ولو أنه لايملك البينة المشروعة على زناها.

أما الزوجة فلا سبيل إلى إثبات الزنا عليها إلا بشهادة أربعة.

فلم يبق إلا اللعان ثم التفريق.

○ مسألتان:

- الإقرار بزنا المرأة الغائبة موجِب لحد الرجل، بإجماع الفقهاء استناداً لحديث ماعز إذ أقر بزناه من غائبة.

- بإقرار الرجل بزناه من امرأة لايعرفها يُحد بالاستحالة جهله بمن يحل له مواقعتها.

البند الثالث: الرجوع عن الإقرار: ـ مذهبان ـ

آ ـ يرى الجمهور: أن للمقر أن يرجع في إقراره قبل إقامة الحد أو أثناء إقامته، لأن الرجوع في الإقرار يفيد التعارض بين خبرين محتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما.

ودليله [ماروي في قصة ماعز من أنه عندما شعر بمس الحجارة فرَّ يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل ففر به وضربه الناس حتى مات، فلما بلغ ذلك النبي قال: هلا تركتموه وجئتموني به لأستثبت منه؟].

ب ـ وقال الشافعي وابن أبي ليلى:

إذا رجع المقر عن إقراره يقام عليه الحد لأن الحد قد وجب بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة، وصار كالقصاص أو حد القذف.

الرد على الشافعي:

أن الرجوع خَبَرَ محتمل للصدق كالإقرار، وليس هنالك مايكذبه، فتتحقق الشبهة في الإقرار لأن حق الله خالص في حد الزنا، بخلاف مافيه حق العبد وهو (القصاص وحد القذف) لوجود مَن يُكذِّب الرجوعَ في الإقرار فيهما.

المطلب الثالث: القرائن الحَبل من غير المتزوجة:

المجمَع عليه أن الزنا لايثبت إلا بالبينة أو الإقرار.

آ ـ لكن هناك من أجازَ الإثبات بالقرائن باعتبارها حجة تقوم مقام الإقرار، بل هي أبلغ وأصدق من إقرار اللسان وهم المالكية وأحمد.

وعلى ذلك فإن من قامت عليه شواهد الحال بالجناية كرائحة الخمر وقيئها للشارب وكحمل المرأة غير المتزوجة في الزنا، أَوْلى بالعقوبة ممن قامت عليه شهادة إخباره عن نفسه وهي تحتمل الصدق والكذب. فالمرأة تحد على الزنا الثابت في حقها بالحمل. ولايقبل دعواها بالغصب بلا قرينة تشهد لها بذلك ١هـ دسوقي على الشرح الكبير ودليلهم قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه

(الرجم في كتاب الله حق على من زنى من الرجال والنساء عند الإحصان إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف).

ب ـ ورأى الشافعي وأبو حنيفة وأحمد في رواية أخرى: أن المرأة لاتحد إذا وُجدت حاملاً ولم تكن متزوجة، لأنه يحتمل أن يكون ذلك راجعاً إلى وطء بإكراه أو بشبهة، والحدود تسقط بالشبهات.

المبحث الثاني

إثبات الزنا في القانون

تمهيد:

○ الأصل في إثبات الجنائيات عدم التقييد.

الأصل في القانون الوضعي أن الإثبات في المواد الجنائية غير مقيَّد بأدلة أو قرائن معينة، وأن القاضي الجنائي يحكم حسب عقيدته وتقديره للأدلة والقرائن التي يتضمنها التحقيق فحريته مطلقة في تقدير الأدلة وترجيح بعضها على بعض.

○ شأن التشريع الوضعي في الخيانة الزوجية:

- بعض التشريعات تجري على هذا الشأن في إثبات جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).

- والآخر يقيّد وسائل الإثبات في هذه الجريمة.

○ شأن التشريع الوضعي في غير الخيانة الزوجية من جرائم الجنس:

أما بقية الجرائم ذات الصبغة الجنسية فليس من قيود على إثباتها في كل التشريعات بل تخضع لوسائل الإثبات العادية كبقية الجرائم الأخرى، ومنها جريمة الاعتياد على ممارسة البغاء في القانون المصري تخضع لقواعد الإثبات العادية ولو أنها قد تتضمن في نفس الوقت جريمة زنا.

○ التقييد في إثبات زنى الشريك فقط في القانون المصري:

حتى هذه التشريعات المقيدة للإثبات في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) لم تجعل هذا القيد إلا بالنسبة لشريك المرأة الزانية، أما المرأة ذاتها فلا قيد على إثبات الجريمة في حقها ولاقيد على إثبات الجريمة في حق الزوج الزاني أو شريكته في الزنا.

○ نقد القانون من هذه الناحية:

ـ وليس من مبرر معقول يقوم سنداً لهذه التفرقة في الإثبات بين الشريك في زنا المرأة وبين المرأة ذاتها، فإذا كان القصد هو التشدد في الإثبات حماية للأعراض ومنعاً من الكيد والتشهير بالناس، لكانت المرأة أَوْلى بهذا التقييد.

ـ وإذا كان القصد هو تمييز الرجل على المرأة فلماذا قيد الإثبات في حق شريك المرأة الزانية ولم يقيد في حق الزوج الزاني، وهل من العدالة حين تقدم المرأة الزانية وشريكها للمحاكمة توفر وسائل الإثبات لها وقصورها بالنسبة للشريك فتحكم المحكمة بإدانتها دونه؟

ـ لقد جازت الشريعة مقتضى المنطق والعدل والحكمة حينما قيدت الإثبات للزانية والزاني معاً.

ـ وكان أَوْلى بالقانون أن يتبع نفس الطريق مادام قد نقل عن الشريعة فكرة تقييد الإثبات في الزنا حماية للعرض وحفظاً للأبرياء من التشهير.

○ مادة قانون العقوبات المصري:

م ـ (الأدلة التي تُقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة

منه، أو وجوده في منزل مسلمٍ في المحل المخصَّص للحريم).

○ تفسيرها:

وتقييد الإثبات على هذا الوجه ليس معناه أن وجود كل دليل من الأدلة القانونية المشار إليها لا بد أن تؤدي إلى الإدانة، بل معناه فقط: (القاضي لا يجوز أن يكون اقتناعه بالإدانة إلا عن طريق هذا الدليل بعد تحققه من دلالته على وقوع الجريمة فعلاً، وللمتهم مع وجود الدليل أن يدرأ عنه التهمة بدحضه له بكل وسائل إثبات العكس).

وكل دليل على حدة من الأدلة المشار إليها يكفي للإدانة والقضاء توسع في تفسير الأدلة المشار إليها توسعاً كبيراً درءاً للحرج الذي أدى إليه تقييد الإثبات بالنسبة للشريك.

شرح الأدلة الأربعة

المطلب الأول: القبض على الشريك حين تلبسه بالفعل:

ـ المقصود بالتلبس هنا في جريمة الزنا (رؤية الجاني في حالة تلبس ـ أي وجود الشريك في حالة تَقْطع ـ طبقاً لتقدير القاضي ـ بحصول الزنا)، سواء أكان ذلك عن طريق الرؤية أو السماع.

ـ وليس المقصود هنا ما يقصد بالتلبس في قانون الإجراءات الجنائية من الحالة التي تتيح لمأموري الضبط القضائي سلطات معينة في القبض والتفتيش والتحقيق، ولا المقصود إلقاء القبض عليه وهو على هذه الحالة.

مثال ـ فتثبت جريمة الزنا على الشريك إذا فاجأه الزوج في منزله ليلاً خالعاً ملابسه الخارجية وسرواله ومختفياً تحت مقعد في غرفة مظلمة

بينما كانت الزوجة تتظاهر بالنوم وهي في حالة اضطراب.

المطلب الثاني: اعتراف الشريك:

الاعتراف سيد الأدلة:

العبرة هي باعتراف الشريك على نفسه، ولا يغني عنه اعتراف المرأة الزانية.

ـ وعلى المحكمة أن تتحقق من صحة الاعتراف وألا يكون نتيجة تأثير أو إكراه أو متعارضاً مع غيره من الأدلة في الدعوى.

ـ ويستوي أن يثبت الاعتراف أمام المحكمة أم أمام سلطات التحقيق أم بأي وسيلة أخرى.

ـ وهنالك رأيان لدى الشراح:

رأي يسوِّي بين اعتراف الشريك وبين الأوراق والمكاتيب الصادرة منه على أساس أنهما دليل واحد، وأن وجود الأوراق الصادرة منه لاتخرج عن كونها اعترافاً مكتوباً.

ورأي ضد هذا معترض عليه. أن الاعتراف غير المكاتيب.

المطلب الثالث: وجود مكاتيب صادرة عن الشريك:

ـ ويقصد بها كل أوراق مكتوبة بخط الشريك أو موقع عليها منه، والنقض لاتشترط التوقيع.

ولايشترط كون الأوراق صريحة في الاعتراف بالزنا بل يكفي أن تكون دالة على حصول الفعل.

ـ الصُوَر:

واختلف الشراح فيما إذا كانت الصور الفتوغرافية المأخوذة للشريك

في حالة تدل على الزنا تُعتبر بمثابة أوراق صادرة منه؟.

أكثر الشراح ومحكمة النقض لايرون اعتبار الصور المذكورة من الأوراق الصادرة من الشريك التي يلزم كونها مكتوبة ومحررة منه.

ـ شرعية الأوراق:

قضت القواعد العامة بأنه لايجوز التمسك في الإثبات بأوراق محصول عليها بطريقة غير مشروعة.

لكن محكمة النقض قضت بأن الزوجة لاتعتبر من الغير بالنسبة للزوج، إذ لكل واحد منهما أن يراقب الآخر ويتحقق من سيرته حفاظاً على الزوجية، وفي هذا مايسمح لكل واحد منهما عند الاقتضاء وحوم الشبهات أن يستولي ولو خلسة على مايعتقد بوجوده من أوراق لدى الآخر ويستشهد بها عليه.

المطلب الرابع: وجود الشريك في المحل المخصص للحريم في منزل المسلم:

ـ أي منزل الرجل المسلم الذي يعيش فيه مع زوجته طبقاً لعادات وتقاليد المسلمين.

ـ فيعتبر المحل المخصص للحريم داخل المنزل مُحَرَّماً على كل من لم يكن ذا رحم محرم، فوجود الأجنبي فيه يدل على شبهة الزنا.

غير أن هذه قرينة غير قاطعة إذ تقبل إثبات العكس من المتهم.

ـ وإذا كانت المحكمة قد استخلصت من وجود المتهم لدى الزوجة بمنزلها وانفراده بها في مخدعها ومن سائر الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى ـ أنه لابد قد زنى بها في المنزل ـ فإن القول من جانب المتهم

بتطور العادات في هذا الصدد لايكون إلا مناقشة في تقدير الأدلة التي اقتنعت بها المحكمة في ثبوت الزنا، فلا يجوز التحدي به لدى محكمة النقض.

- والنص القانوني صريح في (أن الدليل إنما يقتصر على وجود الشريك في منزل الزوج المجني عليه)

- فوجود الشريك في المحلِ المخصص للزوجة في منزل تقيم به وحدها (بغير زوجها) لايعتبر دليلاً.

- ولايعتبر دليلاً على زنا الشريك وجود الزوجة في منزله هو.



الفصل الثالث

عقوبة الزنا

المبحث الأول: في الشريعة

المبحث الثاني: في القانون

المبحث الأول

عقوبة الزنا في الشريعة

المطلب الأول: عقوبة مالا يعتبر زنا من الأفعال الجنسية:

● ـ ليست اللواطة عند الجمهور زنا؛ وهناك خلاف في عقوبتها إلى مذهبين:

آ ـ ويَرى الشافعي قتل اللائط والملوط به محصَناً أم غير محصن بدليل الحديث (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به)

ـ أوجه كيفية قتله: استناداً للآية **﴿فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل﴾**

١ ـ تحز رقبته كالمرتد

٢ ـ يرجم بالحجارة وهو قول مالك وأحمد واسحاق

٣ ـ يهدم عليه جدار وهو قول الصدّيق

٤ ـ يُرمى من شاهق جبل حتى يموت وهو مروي عن عليّ

ب ـ مذهب أبي حنيفة:

أن اللائط لايحد بل يعزَّر

● ـ أما بقية العلاقات الجنسية غير المشروعة ـ ماعدا الزنا واللواطة ـ فلا سبيل للعقاب عليها إلا بالتعزير ـ لأنها لاتدخل في الحدود.

المطلب الثاني: أصول العقاب على الزنا شرعاً من القرآن:

ولكي نتبين ماجعلته الشريعة من عقوبة للزنا نذكر الآيات القرآنية:

١ ـ آية النساء الأولى ﴿**واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا**﴾.

٢ ـ آية النساء الثانية ﴿**واللذان يأتيانها منكم فآذوهما، فإن تابا وأصلحا فأَعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيماً**﴾

٣ ـ آية النور ﴿**الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، ولاتأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾.

٤ ـ آية النساء في حد الإماء الزانيات ﴿**فإذا أُحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب**﴾.

المطلب الثالث: فقه الآيات:

ـ كان نزول هذه الآيات كلها سبباً في عدم الإجماع على رأي معين في عقوبة الزنا. فهناك أقوال.

○ الحبس:

١ ـ القول الأول: أن الآية الأولى كانت أول الآيات نزولاً، وكانت تقضي بحبس المرأة الزانية حتى الموت أو حتى يجعل الله لها سبيلاً، ثم نزلت الآية الثانية فجعلت عقاب الرجل الزاني والمرأة الزانية هو (الإيذاء) أي ـ [التوبيخ والتعيير والسب والنيل باللسان والضرب بالنعال].

٢ ـ القول الثاني: أن الآية الثانية قد نَسخت الأولى، فاقتصرت

العقوبة على الإيذاء في حق المرأة والرجل.

٣ ـ القول الثالث: ظل حكماهما معمولاً بهما، فيقع الإيذاء على الرجل والمرأة ثم تحبس المرأة فقط لأن الرجل عليه السعي لكسب الرزق فلا يتفق هذا مع حبسه.

الجَلْد:

٤ ـ القول الرابع: وهو الراجح؛ أنه يكاد يتفق الفقهاء جميعاً على أن الآية الثالثة قد نسخت الآيتين الأوليين، إذْ وردت صريحة النص على جلد الزناة مائة جلدة.

○ الرجم والنفي ـ أي التغريب ـ

ب ـ كان يقال في سورة النور (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله) وأن هذه الآية نُسخت تلاوتها وبقي حكمها، فظل رجم المحصَن باقياً ببقاء هذا الحكم. ودليلهم حديث ابن عباس عن عمر:

[كان مما أنزل الله على محمد آية الرجم فقرأناها ووعيناها، ورجم رسول الله ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمن أن يقول قائل: مانجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله في كتابه، فإن الرجم حق في كتاب الله على من زنا إذا أُحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف، وأيم الله لولا أن يقول الناس زاد في كتاب الله لكتبتها].

أي أن عمر كان يؤكد أن آية الشيخ والشيخة كانت موجودة ونسخت تلاوتها ولكن بقي حكمها.

٢ ـ ومؤكِّد وجود النص على الرجم للمحصن الحديث قول النبي (خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب

عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم).

ومعناه أن السبيل هو (الجلد والتغريب لغير المحصن والجلد والرجم للمحصن)، فلما نزلت آية (الزانية والزاني) نُسخ الجلد في حق المحصَن بالرجم. واستقر الحكم على (الجلد وحده لغير المحصن وعلى الرجم للمحصَن).

٣ ـ وأمر النبي برجم ماعز والغامدية ومعروفة الأحوال التي رجما بها.

٤ ـ حديث العسيف، وهو ماروى أبو هريرة [أن رجلاً قال للنبي إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، وإني سألت رجالاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم.

فقال النبي (والذي نفسي بيده لأقضين بينكم بكتاب الله:

المائة والخادم رد عليك.

وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام.

واغد ياأُنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها

فاعترفت فرجمها].

٥ ـ حديث اليهود:

وهو ماروى عبد الله بن عمر أن بعض اليهود قالوا للنبي: [إن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال؛ ماتجدون في التوراة؟ قالوا نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم، إن فيها الرجم، فأتَوا بالتوراة فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ماقبلها ومابعدها، فقال

له عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفع يده، فإذا آية الرجم، فقالوا: صدق محمد فيها آية الرجم، فأمر بهما فرُجما].

٦ ـ ومن الثابت أن كلا من أبي بكر وعمر وعلي قد أمر بالرجم.

فهنالك عقوبات مختلفة وردت في القرآن والسنة بشأن الزنا وهي أربعة

١ ـ الحبس ٢ ـ النفي ٣ ـ الجلد ٤ ـ الرجم.

المطلب الرابع: شرح العقوبات الأربعة في الزنا:

البند الأول: الحَبْس:

هنالك في الحبس أمنسوخ أم غير منسوخ؟ قولان:

آ ـ قول الجمهور (النسخ): أن آية الحبس قد نُسخت، فلم يعد الحبس عقوبة في حد الزنا.

ب ـ وقول بعض الفقهاء والمحدثين: (التوفيق وعدم النسخ):

فيرون أنه لاضرورة للقول بهذا النسخ طالما أنه يمكن التوفيق بين الآيات المختلفة إذ لاتعارض بينها، ويرون أن آية الحبس قد بيَّنت عقوبة تبعية أو تكميلية تقع على الزانية بعد الجلد، وهي عقوبة ذات طبيعة وقائية تحول دون استمرار المرأة في إتيان الفاحشة، أما الآية الثانية الخاصة بالإيذاء فقد فَسرتها آية الجَلْد إذْ عبَّرتْ عن الإيذاء بالجلد.

ويؤيدون قولهم بأن نصاب الشهادة جاء في آية الحبس ولم ينسخ، فدل ذلك على عدم نسخ الآية بأكملها.

● وعلى أية حال فإن الحبس كعقوبة غير / الحبس الاحتياطي/ الذي

رُوي أن النبي قد أمر به حتى يتم إثبات الزنا، لأنه لو آخلى سبيل الزاني فهرب فقد يصعب الظفر به بعد ذلك.

البند الثاني: التغريب أو النفي:

والحجة عليه في قصة العسيف، وفي حديث (خذوا عني) وفيه خلاف إلى مذاهب ثلاثة:

١ ـ يرى الشافعي: الجمع بين التغريب والجلد.

٢ ـ ويرى أبو حنيفة: الاقتصار على الجلد على أن يُفَوَّض الإمام في التغريب إن رأى محلاً لذلك.

٣ ـ وقال مالك: يجلد الرجل ويغرب وتجلد المرأة ولاتغرَّب.

الأدلة:

آ ـ الذين ينفون التغريب يستندون إلى: أدلة خمسة.

١ ـ أن إيجاب التغريب يقضي نسخ آية الجلد إذ يجعل الجلد الوارد في الآية جزءاً من الحد لاكل الحد.

٢ ـ وإلى أنه لو كان النفي مشروعاً لأوقف النبي الصحابة عليه عند ذكر الآية حتى لايعتقدوا أن الجلد هو كمال الحد.

٣ ـ وإلى أنه لو كان النفي مشروعاً في حق الرجل لاقتضت العدالة أن يكون مشروعاً في حق المرأة وهو مالم يرد النص به.

٤ ـ وإلى ماروي من

[أن شيخاً وُجد على بطن جارية يزني بها في خربة فأُتي به إلى النبي فقال: اجلدوه مائة جلدة، فقيل إنه ضعيف، فقال: خذوا عثكالاً فيه مائة

شمراخ فاضربوه بها وخلوا سبيله].

ولو كان النفي واجباً لنفاه.

٥ ـ وإلى أن التغريب يؤدي إلى فساد المرأة لا لإصلاحها.

البند الثالث: الجَلْد:

ـ وهو متفق عليه بالإجماع كعقوبة لغير المحصن رجلاً كان أم امرأة عند ثبوت الزنا.

ـ ولم تحدد آية الجلد أيكون شديداً أم خفيفاً على كل الأعضاء أم على بعضها، غير أنه لاينبغي أن يتجاوز الألم إلى اللحم. ولايجرد المحدود من ثيابه بشرط أن لايمتنع وصول الألم إليه، فينزع من ثيابه الحشو والفرو.

أما المرأة فلا خلاف في عدم جواز تجريدها.

أما المحدود فلا يربط بل يترك حتى يتقي بيديه.

ويضرب الرجل قائماً والمرأة جالسةً، ويكون الضرب بسوط وسط لايجرح ولاينعدم أثره. ويكون الضرب وسطاً بين الشديد والخفيف، ويفرق الضرب على الأعضاء دون المهالك كالبطن والوجه والفرج.

ولاتجلد الحبلى حتى تضع، ولايجلد المريض الذي به مرض يُرجى زواله حتى يبرأ، وإن كان به مرض لايُرجى زواله لايُؤخَّر الجلد ولكن لايضرب بالسياط، إنما يُضرب بعثكال مائة شمراخ.

البند الرابع: الرجم وفيه مسائل:

١) المسألة الأولى: أدلة ثبوته شرعاً

الرجم ثابت بالسنة وبأن النبي رجم، وبأن الصحابة رجموا.

٢) المسألة الثانية: الخلاف في مشروعيته مذاهب ثلاثة

آ - أنكر الخوارج الرجم بدعوى الآية ﴿فعليهن نصف ماعلى المحصنات﴾

فلو كانت المحصَنة تُرجم لاستحال حد الأمة إذ لاينصف الموت.

٢ - ولأن الله تعالى قد استقصى في بيان أحكام الزنا ولم يستقصى في غيره من الأحكام، ولو كان الرجم مشروعاً في الزنا لذكره صراحة.

٣ - ولأن آية ﴿الزانية والزاني﴾ تقتضي وجوب الجلد على كل الزناة، وإيجاب الرجم على البعض بخبر الواحد يقتضي تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد وهو غير جائز لأن الكتاب قاطع في متنه وخبر الواحد غير قاطع، والمقطوع راجح على المظنون.

ب - والجمهور يرون أن الرجم ثابت: بما أمر به النبي والصحابة من رجم، فهو خبر متواتر.

٢ - وأنه يجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد.

٣ - وأنه لايستبعد كون المصلحة اقتضت بعد نزول الآية ضرورة الرجم.

جـ - وذهب أحمد واسحاق وداود إلى الجمع بينهما - بين الجلد والرجم - وأدلتهم اثنان:

١ - واستندوا إلى ماروي عن النبي قوله (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة).

٢ - وأن عليا جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها، وقال (جلدتها بكتاب

الله ورجمتها بسنة رسوله).

○ نقد القول الثالث:

غير أن هذاالجمع بين الجلد والرجم مستغرب طالما أن الرجم هو الموت، وربما كان عليٌّ جلد المرأة أولاً ثم رجمها ثانياً بسبب عدم علمه بإحصانها إلا بعد جلدها، يؤيده أن رجلاً زنى بامرأة فأمر النبي به فجُلد ثم أُخبر بإحصانه فأمر به فرُجم. فأغلبية الفقهاء لايرون الجمع بين الرجم والجلد.

٣) المسألة الثالثة: أحكام الرجم:

- إذا كان الجلد لايُقام إلا وقت اعتدال الهواء والخلو من المرض فالرجم مختلف

- فلا تحول شدة الحر أو البرد أو المرض من إقامته لأن المقصود القتل. وقيل: إذا ثبت الرجم بإقراره يؤخر إلى اعتدال الهواء وزوال المرض المرجو زواله لاحتمال رجوعه عن إقراره في خلال الرجم فلا يكون المرض أو شدة الحر أو البرد سبباً في تعجيل هلاكه.

- ولاتُرجم الحامل حتى تلد.

- ويُحفر للمرأة إلى صدرها حتى لاتنكشف أثناء رميها، ولايُحفر للرجل.

- حضور الإمام: مذهبان

آ - عن الشافعي ومالك: يجوز للإمام أن يحضر الرجم أو لايحضر وكذلك الشهود لايلزمهم الحضور.

ب - وعن أبي حنيفة: - يبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام ثم الناس، إذا

كان ثبوت الزنا بالشهادة.

- ويبدأ الإمام بالرجم ثم الناس إذا كان الثبوت بالإقرار.

- وإذا مات المرجوم يُغسل ويُكفَّن ويصلَّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين.

٤) المسألة الرابعة: الإحصان:

● يشترط للحكم بالرجم كون الزاني محصَناً رجلاً أو امرأة، فالإحصان [إنما هو فقط ظرف مشدد لعقوبة الزنا] وليس عنصراً من عناصر الجريمة لاتقوم إلا به -.

● وحكمة التشريع من هذا التشديد أن العقوبة تعظم إذا عظمت الظروف المصاحبة للجريمة، والجناية تعظم بكفران النعم وحق الجاني عقلاً وشرعاً.

- أما العقل فلأن المعصية كفران للنعمة وعظمة النعمة بمقدارها عظمة الكفران والعقاب

- أما الشرع: فلأن الله قال: ﴿**يانساء النبي من يأتي منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين**﴾ ولاشك أن المحصن ينعم بزواجه فيجب أن يتعفف أكثر مما يتعفف غير المحصَن مثله كمثل نساء النبي اللاتي ينعمن بذلك، فوجب أن يفوق تعففهن تعفف الأخريات من النساء.

وقد جعل الله حد الزنا على العبد نصف حد الحر لأن الحر ينعم بالحرية فلا يجوز كفرانها بارتكاب المعصية.

○ ماهو الإحصان وماشروطه:

ـ الإحصان: هو الزواج الصحيح.

ـ فلا يعتبر الزاني محصَناً إحصاناً موجِباً للرجم إلا إذا اجتمعت فيه شروط ثمانية:

١ ـ الحرية

٢ ـ العقل

٣ ـ البلوغ

٤ ـ الإسلام

٥ ـ الزواج الصحيح

٦ ـ بامرأة

٧ ـ حرة

٨ ـ مع الدخول.

ـ والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل.

ـ فلا يكون محصَناً بالخلوة الموجِبة للمهر والعدة.

ـ ولايكون محصَناً بالجماع في النكاح الفاسد.

○ مسائل الإحصان:

ـ لو كان الرجل متزوجاً من مسلمة فارتدا معاً بطل إحصانهما، فإذا أسلما لايعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام.

ـ ولو زال الإحصان بعد ثبوته بالجنون والعته يعود محصَناً إذا أفاق

(وعند أبي يوسف حتى يدخل بامرأته بعد الإفاقة).

ـ ويثبت الإحصان بالإقرار أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ـ إذا أنكر الرجل الدخول بعد توفر الشروط الأخرى للزواج ثم وضعت امرأته ولداً في مدة يتصور أن يكون منه اعتُبر واطئاً شرعياً.

ـ والشهادة على الإحصان كالشهادة على المال تثبت بالشهادة على الشهادة.

المطلب الخامس: عدم الرأفة في حد الزنا:

المراد بالآية ﴿ولاتأخذكم بهما رأفة..﴾ ألا تأخذكم رأفة فيعطل الحد أو ينقص منه، أي لاتعطلوا حدود الله ولاتتركوا إقامتها للشفقة والرحمة فتخففوها.

المطلب السادس: شهود إقامة الحد:

أما الآية ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ فالمقصود بها إعلان إقامة الحد لما فيه من مزيد الردع ورفع التهمة عمن يجلد.

وقيل الطائفة هم /الشهود/ حتى يستوثق من بقائهم على الشهادة. وليس ذلك مستغرباً إذا كان المراد بهذا الإعلان تجسيم الزجر للمحكوم عليه وتعميم الردع لأكثر عدد من الناس.

المبحث الثاني

عقوبة الزنا في القانون

المطلب الأول: نظرة القانون الوضعي:

لايميز القانون الوضعي الجرائم المتصلة بالجنس أو العرض بعقوبات خاصة، فهي كغيرها يعاقب مرتكبوها بالعقوبات السالبة للحرية، مع إضافة بعض التدابير الوقائية أو تدابير الأمن أحياناً.

المطلب الثاني: عقوبة الزنا في القانون المصري:

عاقب القانون على: ممارسة البغاء، والخيانة الزوجية، الزنا.

البند الأول: عقوبة معتادي ممارسة البغاء:

١ ـ م ـ (كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولاتزيد عن ثلاث سنوات، وبغرامة لاتقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولاتزيد عن ثلاثمائة جنيه).

والمفهوم أن هذه المادة تطبق على معتادي البغاء من الذكور والإناث.

٢ ـ م ـ (يجوز الحكم بوضع المحكوم عليه بعد انقضاء مدة العقوبة في إصلاحية خاصة إلى أن تأمر الجهة الإدارية بإخراجه، ويكون هذا الحكم وجوباً في حالة العَوْد، ولا يجوز إبقاؤه في الإصلاحية أكثر من ثلاث سنوات) والمفهوم أن هذا إجراء إصلاحي أو تدبير من تدابير الأمن يراد بها الوقاية والتوجيه ورد المحكوم عليه للحياة الشريفة.

٣ ـ م ـ (يوضع المحكوم عليه في جريمة ممارسة البغاء عادة تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة).

وهو تدبير آخر من تدابير الأمن يراد به الوقاية، ولو أُلبس ثوب العقوبة التبعية.

○ **نقد القانون:**

١ ـ /عقوبة الغرامة لاتلائم الجريمة/، لأن محاولة المحكوم عليه الحصول على قيمة الغرامة قد تدفعه إلى العودة لممارسة البغاء أو إلى الخضوع لداتئيه من القوادين الذين يدفعون هذه الغرامة عنه ثم يستغلونه بأضعاف قيمتها.

٢ ـ وهذا الخليط من العقوبات والتدابير في شأن معتادي ممارسة البغاء أمر منتقد.

البند الثاني: عقوبة جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).

ـ اقتصرت عقوبة الزنا على (الحبس فقط) دون الغرامة ودون تدبير أمن أو تدبير وقائي.

ـ لكن يختلف الأمر بين عقوبة الزوجة الزانية وشريكها، وبين عقوبة الزوج الزاني وشريكته.

ـ المواد:

م ١ (تعاقب الزوجة الزانية وشريكها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين).

م ٢ (يعاقب الزوج الزاني وشريكته بالحبس منه لاتتجاوز سته أشهر .

ـ نقد القانون في التفرقة بالعقوبة في الحالتين:

غير أن التفرقة في العقوبة بين سنتين للزوجة الزانية وشريكها وبين ستة أشهر للزوج الزاني وشريكته لاتجد لها سنداً معقولاً من العدل أو المنطق.

إذ لامبرر إطلاقاً لاختلاف العقاب بين الزوج الزاني والزوجة الزانية طالما أن الأمانة واجبة في كليهما إزاء الآحر.

وإذا قيل إن زنا الزوجة أخطر من زنا الزوج بالنسبة لنتيجته، فالمرأة أضعف من الرجل أمام وسائل الإغراء، فالمفروض أن يكون زوجها قدوة لها.

ـ ترجيح رأي الشريعة في المساواة في العقوبة.

وحكم الشريعة في المساواة بين الرجل والمرأة في المسؤولية عن الزنا يعبِّر عن المنطق الصحيح والعدل والحكمة.



فهرس

مقدمة ٥
موقف الشريعة من مبدأ الشرعية ٩
نظرية الدفاع الإجتماعي بين الشريعة والقانون ١٧
الباب الأول
نظرية الدفاع الإجتماعي ١٩
الباب الثاني
المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ٣٧
القسم الثالث
جريمة الزنا بين الشريعة والقانون ٤٧
الباب الأول
تأثيم الوقاع غير المشروع في الشريعة الإسلامية ٤٩
الفصل الأول
تأثيم الوقاع غير المشروع في الشريعة الإسلامية ٥١
شروط الزنا ٥٥
مايخرج من نطاق تعريف الزنا ٥٧
أغراض الشريعة في تأثيمها للوقاع غير المشروع ٦١
الفصل الثاني
تأثيم الوقاع غير المشروع في القانون المصري ٦٣
المواقعة الجنسية غير المشروعة ٦٥
المخادنة ٦٦

البغاء ٦٨
السلوك الجنسي المخالف للطبيعة ٧٦
الخيانة الزوجية ٧٧
الباب الثاني
أحكام الزنا في الشريعة والقانون ٨٣
الفصل الأول
دعوى الزنا ٨٥
دعوى الزنا في الشريعة ٨٧
دعوى الزنا في القانون ٩٤
شرح المواد ٩٧
تقديم الشكوى ١٠٠
التنازل عن الشكوى ١٠٣
عفو الزوج عن زوجته ١٠٥
سقوط الدعوى ضد الزوجة بثبوت زنا الزوج ١٠٦
الفصل الثاني
اثبات الزنا في الشريعة والقانون ١٠٧
اثبات الزنا في الشريعة ١٠٩
اثبات الزنا في القانون ١١٨
الفصل الثالث
عقوبة الزنا ١٢٥
عقوبة الزنا في الشريعة ١٢٧
عقوبة الزنا في القانون ١٣٩



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



هذا الكتاب

تقوم الشريعة على أساس أن العقل والإرادة الحرة المختارة هما مناط تحمل التبعة أو المسؤولية ولذلك يقول الحديث (رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يحتلم وعلى النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق) و(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وفقهاء الشريعة سبق أن تكلموا فيما يتكلم فيه الآن علماء النفس الذين يتكلمون عن الغريزة والعقل ويعتبرون الغريزة هي الدافع الشهواني ويعتبرون العقل هو مناط الإدراك وأن الإرادة هي حصيلة الاثنين معاً - الإدراك والغريزة معاً - فعلماء الشريعة كما قال الزيلعي مثلاً يقول: (إن الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل) فكلمة الهوى هنا هي بالذات كلمة الغريزة التي يعنيها علماء النفس.

الناشر